

الشيخ ابو الحسن

سید ارشد امام رضا علیه السلام

مخالفات الفلج السري

”خاص“

دراسة مقارنة بالفانون الوضعي

مکتبہ و شبانہ

١٤- س/ن احمد، يه - عابدة
ب : ٣٩١٧٧٠ القاهرة



الصديق أبو الحسن محمد
قاضى الاستئناف بالمحاكم السودانية

حقوق الدفاع الشرعية

« الخاص »

دراسة مقارنة بالفانون الوضعى

يطلب من
مكتبة وهبة
١٤ شارع الجمهورية - عابدين
ت : ٣٩١٧٤٧٠ القاهرة

الطبعة الأولى

١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م

حقوق الطبع محفوظة

دار الفکر للطباعة والنشر
٩٢٥٣٠٤
الطبعة الأولى - ١٩٩٢ م - بيروت - لبنان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال تعالى : ﴿ اشهر الحرام بالشهر الحرام والحرمات قصاص ، فمن
اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ .
(صدق الله العظيم)

* * *

عن سعيد بن زيد قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم
يقول : « من قتل دون ماله فهو شهيد ، ومن قتل دون دينه فهو
شهيد ، ومن قتل دون دمه فهو شهيد ، ومن قتل دون أهله
فهو شهيد » . (صحيح الترمذي بشرح ابن العربي)

* * *

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
إهداء

الى أبوى ...

الى الجالسين والقائمين فى محراب العدالة .

الى الركع السجّد .

اهدى هذا الكتاب

الصديق أبو الحسن محمد

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وسائر
الأنبياء والمرسلين •

وبعد • •

لقد خلق الله الانسان وكرمه ، وفضله بالعقل والمنطق • وأرسل
اليه الرسل مبشرين ومنذرين ، لهدايته وارشاده لما فيه خيره وصلاح
أمره فى الدنيا والآخرة • وقد أنزل على رسله اكتاب والميزان
ليقوم الناس بالقسط والعدل لأن العدل أساس الشرائع السماوية
وقوامها •

قال تعالى : ﴿ لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب
والميزان ليقوم الناس بالقسط وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد ومنافع
للناس ﴾ (١) •

ومن عدل الله ورحمته بالانسان أن شرع له من الأحكام ما يحفظ
وجوده ويحمى حقوقه ويعنى بواجباته ويكفل سعادته العاجلة والآجلة •
وسن العقوبات الزاجرة لكل معتد أثيم ، على الأنفس والأعراض
والأموال • لأن الاعتداء عليها اعتداء على المصالح الانسانية والمقاصد
الشرعية التى جاء الشرع من أجل حفظها وبقائها •

فقد أجمع العلماء على أن المقاصد الضرورية التى لا بد منها لحفظ
مصالح الدين والدنيا تجب المحافظة عليها وهى : حفظ الدين والنفس
والعقل والنسل والمال ، وقد حرص الشارع الحكيم على صيانتها
وبقائها فحرم القتل بغير حق • كما حرم الاعتداء على الأعراض والأموال •

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « كل المسلم على المسلم حرام .. دمه وماله وعرضه » .

فوجب الشارع انقصاص على القاتل ، والحد على الزاني ، لسارق . وأسند ولاية تنفيذ العقوبات الزاجرة لمرتكبي تلك الموبقات الى السلطات الحاكمة حسب الفوضى وسدا لأبواب النزاع والانتقام ، ولم يترك لأحد أن يأخذ حقه بيده ويقتص لنفسه . ولكن قد يجد امرء نفسه أمام خطر لا يمكنه من اللجوء الى السلطات لحماية نفسه ، وتذكر ذلك الخطر . فيضطر للدفاع عن نفسه وعرضه وماله ، وقد يتربط على تصرفه قتل مصدر الخطر أو جرحه وكل ذلك فعل محظور في نطاق الشرع والقانون . لذلك استثنت الشريعة الاسلامية - كما استثنت الشرائع الوضعية - مثل هذه التصرفات من حق السلطة . فأقرت للمعتدى عليهم حق الدفاع عن الأتس والأعراض والأموال وقُتال وقتل المعتدين والصائلين والبغاة دفعا لشركهم وكفا لعدوانهم .

ولا غرابة اذا قلنا ان حق الدفاع الشرعى يستخوذ على مساحة كبيرة من تفكير العاملين فى مجال القضاء ، فما من متهم فى جريمة « قتل عمد » الا ويدفع التهمة بأنه كان يباشر حق الدفاع عن نفسه أو عرضه أو ماله . وان كان هذا الحق واضحا وجليا بصورة بارزة فى الشرائع الوضعية بحيث يمكن لأى باحث أن يرجع اليه . فهو من الوهلة الأولى - يكاد يكون غائبا فى كتب الفقه الاسلامى - ليس لأنها لم تناوله بالبحث - ولكن لأنها لم تجعل له عنوانا أو مسمى بهذا الاسم الحديث « حق الدفاع الشرعى » ، وبعد عنت يجد الباحث نظيره تحت مبحث « من شهر على المسلمين سيفا » أو « باب الصيال ودفع الصائل » أو « باب حد الشارب » . فهو اذن موضوع جدير بالبحث والدراسة لا سيما والسودان - تكويننا وأهدافنا - مقبل على تطبيق الشريعة الاسلامية باذن الله ومشيتته .

ولما قيس الله لى العودة لجامعة الخرطوم لتحضير درجة الماجستير

التي حصلت عليها في أبريل عام ١٩٧٨ م اخترت موضوعا للبحث «الدفاع الشرعي في الفقه الاسلامي .. دراسة مقارنة» لما له من أهمية في تقديرى وليكون عونا في خدمة القانونيين الذين لم تمكنهم ظروفهم من دراسة الشريعة الاسلامية دراسة تفصيلية فتسيح وجوههم عن كتب السلف العتيقة ذات الأوراق الصفراء والأسلوب العصى رغم أنها كنوز معرفة ومحيطات علوم .

وقد قصرت الدراسة على الفقه الجنائي الاسلامي في المذاهب الأربعة المشهورة مقارنا بالفقه الجنائي السوداني (الوضعي) فكان ثمرتها هذا الكتاب الذي أقدمه للقراء الكرام والذي جعلت مسماه « حق الدفاع الشرعي الخاص » وأسأل الله أن ينفع به ويثوبني عليه أجرا . وقد حذفت منه ما خشيت أن يمل القارئ متابعتة .

وفيما يعرض للقارئ من مصطلحات خلال البحث فقد عنيت بـ « الفقهاء » فقهاء الشريعة الاسلامية و بـ « الشراح » : فقهاء الشرائع الوضعية . واقتحتة بتمهيد تحدثت فيه عن الاباحة وأسبابها . ومكان الدفاع الشرعي منها اذ أذن الشراح يعتبرونه سببا من أسباب الاباحة .

وقد قسمته الى أربعة فصول خصصت الأول لتعريف الدفاع الشرعي في الفقه والقانون . والثاني لأصل مشروعيته . والثالث لنطاق مباشرته . والرابع لشروط نشوئه واستعماله . وختمته بملخص موجز .

وختاماً .. لا يسعني الا أن أشكر أستاذنا وأستاذ أساتذتنا العالم الجليل البروفسير الصديق محمد الأمين الضرير والأب الحاني على قسم الشريعة الاسلامية بكلية الحقوق بجامعة الخرطوم الذي درس وأشرف على تدريس القسم الأول من الاعداد لهذه الدراسة . كما أشكر الأستاذين الدكتور محمد عطا السيد سيد أحمد الذي أشرف على البحث في مجال الشريعة الاسلامية والدكتور عبد الله النعيم الذي أشرف في مجال القانون ، على ما بذلوه من جهد ، وما لقيناه منهم من رعاية وتوجيه ونصح كائن له أثر كبير .

كما أشكر الأستاذين أحمد أبو الحسن وأحمد البيلى على ما أسهما
به فى مجال مراجعة اللغة والاملاء .

وأقول كما قال عماد الدين الأصبهاني : « ما كتب انسان كتابا فى
يومه ، الا قال فى غده : لو غير هذا لكان أحسن ، ولو زيد هذا لكان
يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل ، وهذا
من أجل العبر ، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر » .

وبدءا وختاما . . أسأل الله أن يجعله عملا نافعا ومقبولا يشيننا
عليه ، ومشاركة مفيدة فى المكتبة الاسلامية . وعونا صادقا للدارسين
والباحثين وبه التوفيق والسداد .

المؤلف

تمهيد

اسباب الاباحة

● مدخل :

قبل أن أدخل في تفاصيل الدفاع الشرعى - موضوع البحث - لا بد أن أعطى فكرة عن الاباحة الأصلية والاباحة الطارئة • باعتبار أن الدفاع الشرعى سبب من أسبابها • كما يرى ذلك شراح القانون ، وذلك كمدخل لموضوع البحث •

والأصل فى ذلك أن علماء الأصول اصطالحوا على أن الحكم الشرعى هو : خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاء أو تخيرا أو وضعا (١) •

فإن اقتضى خطاب الله طلب الفعل على وجه التخيير بين الفعل والترك ، فالحكم الاباحة ، والأثر المترتب عليه الاباحة كذلك ، والفعل المخير فيه هو المباح (٢) فالاباحة إذن قسم من أقسام الحكم الشرعى •

● الاباحة ومكان الدفاع الشرعى منها :

الاباحة لغة : الاطلاق ، يقال : أبحت كذا أطلقت فيه وأذنت له فيه • وأبحتك الشئ أحلته لك (٣) • ويعرفها الأصوليون بأنها : التخيير بين الفعل والترك (٤) •

(١) مسلم الثبوت بهامش المستصفى - ابن عبد الشكور ج ١ ص ٥٤ وارشاد الفحول - الشوكانى ص ٥ ، ومباحث الحكم عند الأصوليين - المذكور ص ٥٦

(٢) أصول التشريع الاسلامى - على حسب الله ص ٣٢٧ ، ٣٢٨ ، وأصول الفقه - بدران ص ٣٤٥ - ٣٤٨

(٣) لسان العرب - ابن منظور ، والصحاح - الجوهري •

(٤) شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع بهامش حاشية البنائى -

جلال الدين المحلى ج ١ ص ٨٣

وهي والجواز بمعنى واحد . يقول الغزالي : « ان حقيقة الجواز
التخير بين الفعل والترك ، والتسوية بينهما بتسوية الشرع » (١) .

والمباح اسم مفعول من الاباحة ، ومشتق منها . ويرد بمعنى
الاطلاق والاذن ، يقول الغزالي : « وانه الذي ورد الاذن من الله تعالى
يفعله وتركه ، غير مقرون بذم فاعله ، ولا بذم تاركه ومدحه » ، ويقول :
« وهو المقول فيه : ان شئتم فافعلوه ، وان شئتم فاتركوه » (٢) .

● اقسام الاباحة :

يتضح من عبارات الأصوليين أن الاباحة تنقسم الى قسمين متميزين:
أباحة أصلية ، واباحة غير أصلية - وهي الاباحة الطارئة .
فالاباحة الأصلية تطلق على ما لم يرد فيه من الشارع نص بالتخير
أو الحظر وهو الذي سكنت الشارع عن بيان حكمه ، لبقائه على الأصل،
اذ الأصل في الأشياء الاباحة .

كما تطلق على ما كان في أصله مباحا ، ثم خير الشارع فيه بين
الفعل والترك (٣) . يقول البناني : « ان الاباحة المستعملة في عرف الشرع
تطلق على معنيين ، أحدهما الاباحة الأصلية الثابتة قبل الشرع اتفاقا ،
والثاني تخيير الشارع بين الفعل والترك » (٤) .

ويقول الخضري : « ذهب جمهور المجتهدين الى أصالة الاباحة
في الأشياء التي وصفناها قبل ، وهي ما فيه نفع ولم يرد عن الشارع فيه

(١) المستصمى - الغزالي - الطبعة الاولى (١٢٢٢ هـ) المطبعة
الاسيوية ج ١ ص ٧٤ ، وانظر الحكم التخييري ، أو نظرية الاباحة عند
الأصوليين والفقهاء - مذكور - الطبعة الثانية (١٩٦٥ م) ص ٨٩ يقول
مذكور : « سلك الغزالي في هذا المقام صريح في أن الجواز مرادف للاباحة
فهو يقول : ان حقيقة الجواز مرادف للاباحة » .

(٢) المستصمى ج ١ ص ٥٥ - ٦٦

(٣) حاشية البناني على شرح الجلال المحلى على جمع الحوامع -
البناني - المطبعة الشرقية (١٣١٨ هـ) ج ١ ص ٨٣ ، رد المحتار
ج ٤ ص ١٦١

(٤) حاشية البناني ج ١ ص ٨٣

حكم والحق أصالة الإباحة فيما ليس فيه نص من الأفعال
النافعة . وهو الذى يطلقون عليه إباحة أصلية »^(١) .

أما الإباحة غير الأصلية . وهى الإباحة « الطارئة »^(٢) فتطلق على
الإباحة اللاحقة لفعل محظور بنص ، كالقتل العمد ، ولكنه يباح لسبب
مستند الى نص آخر يقتضى إباحته ورفع الحظر عنه ، ترجيحاً لمصلحة
أسمى من المصلحة فى حظره . فالقتل العمد عدواناً ممنوع فى الشرائع
السماوية والوضعية كافة ، ولا يجوز لأحد أن يقدم عليه الا بحق ،
قال تعالى : « ولا تقتلوا النفس التى حرم الله الا بالحق »^(٣) .
ولكنه يباح لولى الدم قصاصاً . يقول الجصاص : « وأما المباح فهو القتل
الواجب لولى الدم على وجه القود^(٤) فهو مخير بين القتل والعفو ،
فالقتل ههنا مباح وليس بواجب »^(٥) .

كذلك يباح قتل التارك لدينه المفارق لجماعة المسلمين لزوال
عصمته^(٦) بارتداده كما يقول الشوكانى : « يقال دم المرتد مباح ، أى
لا ضرر على من أراقه »^(٧) .

-
- (١) أصول الفقه - الخضرى - الطبعة الخامسة (١٣٨٥ هـ) مطبعة
السعادة ص ٢٨٩ ، ٣٩٠ .
(٢) الحكم التخييري ص ٥٣ (٣) الاسراء : ٣٣
(٤) القود : قتل النفس بالنفس . والقود : القصاص ، وقتل القاتل
بدل القتل (لسان العرب) .
(٥) أحكام القرآن - الجصاص - طبعة (١٣٤٧ هـ) المطبعة النبية
المصرية ج ٢ ص ٢٩٨
(٦) العصمة : المنع والحفظ . وعصمة الله عبده أن يعصمه مما يوبقه ،
واعتصمت بالله اذا امتنعت بطلعه عن المعصية . والقاعدة العامة فى
الشريعة : أن الدماء والأموال معصومة . وأساس عصمتها إما الإيمان
أو الأمان . فالعصمة هى تحريم الدم والمال ولا تزول الا بارتكاب الجرائم
المهددة وهى الجرائم التى تجب فيها عقوبات مقدرة متلفة للنفس أو
الطرف - لسان العرب والتشريع الجنائى الإسلامى ج ١ ص ٥٢٩-٥٣١
(٧) ارشاد الفحول - الشوكانى - مطبعة محمد على صبيح (١٣٤٩ هـ)

كما يباح قتل الثيب الزانى • يقول الأستاذ مذكور : « ويشهد للإباحة الطارئة بعد الحظر فى كل من الزانى المحصن ، والقاتل والمرتد حديث ابن مسعود عن الشيخين - البخارى ومسلم - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث : الثيب الزانى ، والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة »^(١) .

كذلك يباح دم الحربى لعدوانه^(٢) •

يتضح مما تقدم أن القتل محظور أصلا ، ولا يباح الا بسبب يقتضى إباحته رعاية لمصلحة أرجح من المصلحة فى حظره كمصلحة المعتدى عليه فى الدفاع عن نفسه ، وعرضه ، وماله • فهى أولى بالرعاية ، وأرجح من مصلحة المعتدى الذى أهدر حقه فى الحياة بعدوانه •

وإذا أخذنا هذه الأمثلة كأثلة للإباحة الطارئة بعد الحظر ، فلا يعنى ذلك أن أسبابها منحصرة فى تلك الأمثلة لا تتعداها : « فإن الشريعة الإسلامية ليس فيها حصر لأسباب الإباحة أكثر من أن ما لم ينص على الإباحة فيه فهو مرتبط بالموازنة بين المصلحة والمفسدة مما هو موكل الى النظر الفقهى المعتبر عند الشارع »^(٣) •

(١) الحكم التخييرى ص ٦١ (هـ) ، وصحيح الترمذى بشرح ابن العربى - الترمذى الطبعة الأولى (١٩٣١ م) المطبعة المصرية بالأزهر ج ٦ ص ١٧٦ - ويرى المالكية تأديب قاتل هؤلاء الأشخاص لافتياته على الامام ، ويوافقهم الحنفية فى قاتل الزانى المحصن • ويرى الشافعية اهدارهم لكل أحد ، ويوافقهم الحنفية فى قتل المرتد ، وفى قتل القاتل اقتصاصا ، اذا كان الأمر ظاهرا - انظر درر الحكام - مثلا خسرو - المطبعة الشرقية (١٣٠٤ هـ) ج ٢ ص ١٧٧ ، ورد المختار ج ٣ ص ١٩٥ ، ٢٠٠ ، وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٢٨٤ ، والشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ج ٤ ص ، وتحفة المحتاج بهامش حاشية الشروانى ج ٧ ص ٣٧٦

(٢) الفروق - القرافى - الطبعة الأولى (١٣٤٦ هـ) دار احياء الكتب العربية ج ٣ ص ٧٣ ، ٧٤

(٣) الحكم التخييرى ص ٤٤٧

وأن من يتتبع فروع الفقه وتعليقاته سيقف على كثير من أسباب الإباحة الطارئة التي لا تنحصر^(١) . وهذا يعني توفر نظرية الإباحة الطارئة وأسبابها في الفقه الاسلامي ، كما هي متوفرة في الفقه الوضعي . كما يعني القول بأن الدفاع الشرعي سبب من أسباب هذه الإباحة الطارئة في الفقهين الاسلامي والوضعي .

* * *

● مكان الدفاع الشرعي من الإباحة :

لقد كفلت الشريعة الاسلامية لكل انسان حق الدفاع عن نفسه وعرضه وماله ، وحق الدفاع عن غيره . وقد استدلل الفقهاء على مشروعيته بقوله تعالى : فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم^(٢) . وقوله صلى الله عليه وسلم : « من قتل دون ماله فهو شهيد ، ومن قتل دون دينه فهو شهيد ، ومن قتل دون دمه فهو شهيد ، ومن قتل دون أهله فهو شهيد »^(٣) .

والقيام بحق الدفاع قد يفضي الى ضرب أو جرح أو قتل المعتدى في الحالات التي لا يندفع فيها الا بالقتل^(٤) . مع أنه القتل محرم بمقتضى نصوص الشريعة نفسها . وتكره الفطرة الانسانية السليمة . الا أنه حق المعتدى عليه في الدفاع عن حرمة دمه ، وحفظ حياته وما يتصل بها - أباح له جرح أو قتل المعتدى الذي أهدر عصمة دمه بعلوافة^(٥) .

(١) الحكم التخييري ص ٤٤٧

(٢) البقرة : ١٩٤ ، وانظر وجه الاستدلال بها - البحث ص ٣٨-٤٢

(٣) صحيح الترمذي بشرح ابن العربي ج ٦ ص ١٩١ ، وقال :

حديث حسن صحيح .

(٤) المهذب - التيرازي - الطبعة الثانية (١٣٧٩ هـ) مطبعة الطبى

ج ٢ ص ٢٢٦

(٥) الهداية ، شرح بداية المبتدىء - المرغيناني - مطبعة الطبى

(١٣٥٥ هـ) ج ٤ ص ١٢٢ ، وانظر الجريمة ص ٥٣٧

وأن حظر القتل عدوانا بنصوص قاطعة ، ورفع الحظر عنه وإباحته مفتضى الحق في اندفاع . يجعل من الدفاع الشرعى سببا للإباحة الطارئة بعد الحظر . وأن هذا السبب يلحق بأصل فعل الدفاع ، فينفى عنه صفة الجريمة وإن اكتملت أركانها في الظاهر ، كما ينفى عن فاعله المسئولين : الجنائية والمدنية . فلا يلزمه قصاص ولا دية ولا كفارة . وقد أوجز الإمام الشافعى ذلك بقوله : « إن الله عز وجل منع دماء المسلمين إلا بحقها ، وإن المسلمين لم يختلفوا — فيما علمت أو من علمت قوله منهم — في أن مسلما لو أرادني في الموضع الذي لا يمنعني منه باب أغلقه ، ولا قوة لي بمنعه ، ولا مهرب أمتنع به منه وكانت منعتي منه التي أذفع عنى إرادته لي إنما بضربه بسلاح فحضرني سيف أو غيره ، كان لي ضربه بالسيف لأمنع حرمتي التي حرم الله تعالى عليه انتهاكها . فإذ أتى الضرب على نفسه فلا عقل على ولا قود ولا كفارة ، لأنى فعلت فصلا مباحا لي » (١) .

وأن حق الدفاع كسبب لإباحة أفعال الدفاع لا يقتصر على المدافع عنه حقه الشخصى وحده ، بل يتعدى الى غيره . فمن يشترك مع المعتدى عليه في الدفاع عما يباح له الدفاع عنه ، ومن يدافع عن غيره يستفيد من تلك الإباحة كما لو كان يدافع عن نفسه . فلا قصاص عليه ولا دية ولا كفارة فيما يترتب على فعله (٢) لقوله صلى الله عليه وسلم : « انصر أخاك ظالما أو مظلوما » ، فقالوا : يا رسول الله ، هذا تنصره مظلوما فكيف تنصره ظالما ؟ قال « تأخذ فوق يديه » — وفى رواية قال : « تحجزه أو تمنعه من الظلم فذلك نصره » (٣) .

(١) الأم — الإمام الشافعى — طبع دار الشعب (١٣٨٨ هـ) ج ٦ ص ١٧٢

(٢) المبسوط — السرخسى — الطبعة الثانية ، دار المعرفة بيروت نج ٢٤ ص ١٣٤ ، والمغنى — ابن قدامة — المكتبة السلفية بالمدينة المنورة ح ١٠ ص ٣٥٣ .

(٣) صحيح البخارى ج ٣ ص ١٥٩ ، ١٦٠ ، ج ٩ ص ٢٨ ، ٢٩

وقال النووي : « إيدفع نغن غيره كهو عن نفسه وقيل يجب
فطعا » (١) .

* * *

● الإباحة في القانون

أول قانون عقوبات في السودان صدر عام ١٨٩٩ م . ثم حل محله
قانون العقوبات لعام ١٩٢٥ م . وكلا القانونين مستمد من قانون
العقوبات الهندي لعام ١٨٦٠ م . وأن قانون العقوبات الهندي نفسه
مبني من مجموعة « ليفنجستون بلوينا » وقواعد الشريعة الانجليزية
العمامة . وهو المصدر المباشر لقانون عقوبات السودان لعام ١٩٢٥ م .
ثم صدر قانون العقوبات لعام ١٩٧٤ م بـ قانون رقم ٦٤ - وهو نفس
قانون عام ١٩٢٥ م في الشكل والمضمون ، ومن حيث التوبيخ والترقيم
واستعمال المصطلحات ، عدا تعليقات طليقة في بعض المواد (٢) . وأن
الفرق بين قانوني عام ١٩٢٥ م وعام ١٩٧٤ م هو : أن المشرع جعل النص
العربي الأصل في قانون عام ١٩٧٤ م .

٢- الإباحة الأصلية :

من القواعد الشرعية التي يقوم عليها قانون العقوبات ، قاعدة
« لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون » فإن لم يصدر قانون
يجرم الفعل فهو مباح قانوناً لأن الأصل في الأشياء الإباحة (٣) . وتراجع
الأصول الأولى لهذه القاعدة ، الى المادة رقم (٢٩) من العهد الأعظم

(١) منهاج الطالبين بشرح الجلال - بهامش حاشيتي قليوبى وعميرة
- التوثيق - دار احياء الكتب العربية ج ٤ ص ٢٠٧ .

(٢) قانون العقوبات السوداني معلقا عليه - محمد محيى الدين عوض
- المطبعة العالمية (١٩٧٠ م) ص ٣ - ٦ وسأشير اليه فيما بعد يعلقا
عليه . وقانون العقوبات لعام ١٩٧٤ م .

(٣) القانون الجنائي ، مبادئه الأساسية ونظرياته العامة - محمد
محيى الدين عوض - المطبعة العالمية (١٩٦٣ م) ص ٥٧٥ . وسأشير اليه
بالقانون الجنائي .

(Magha Charta) الذى منحه الملك جورج لرعاياه فى انجلترا عام

١٢١٦ م (١) *

وفى عهد الثورة الفرنسية نصت عليها المادة الثامنة من اعلان
حقوق الانسان والمواطن لعام ١٧٨٩ م . ونصت عليها المادة رقم (١١/٢)
من الاعلان العالمى لحقوق الانسان الصادر من هيئة الأمم المتحدة لعام
١٩٤٨ م (٢) . وقد استقرت هذه القاعدة فى المادة رقم (٧٠) من الدستور
الذائم لجمهورية السودان الديمقراطية لعام ١٩٧٣ م التى تنص على
أنه : « لا يعاقب أى شخص على جريمة ما ، اذا لم يكن هناك قانون
يعاقب عليها قبل ارتكاب تلك الجريمة ، كما لا يجوز أن توقع على أى
شخص عقوبة أشد من تلك التى ينص عليها القانون الذى كان نافذ
المفعول ساعة ارتكابها » *

وعلى هذه القاعدة قام التشريع العقابى فى السودان . فلا يعد
فعل من الأفعال جريمة ، ولا يعاقب عليه الا بموجب قانون معمول به
كنص المادة رقم (٢٩) من قانون العقوبات : « كلمة « جريمة » تشمل كل
جريمة بموجب أى قانون معمول به الا اذا ظهر من النص خلاف ذلك » .
ومعنى ذلك أن كلمة « جريمة » لا تشمل الا الأفعال المحظورة
بنص القانون ، وما لم يحظره القانون فهو على الاباحة الأصلية .
وفى ذلك تقرير لمبدأ : « لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون » (٣) .
وبناء على ما استقر من تلك النصوص الدستورية والقانونية
فى التشريع السودانى ، تستقر الاباحة الأصلية فى الأشياء والأفعال ،
فلا جريمة ولا عقوبة قبل صدور القانون ، ولا جريمة ولا عقوبة بعد

(١) شرح قانون العقوبات المصرى - القسم العام - النظرية العامة
للجريمة - حنى - الطبعة الثانية (١٩٦٣ م) دار النهضة العربية
ص ٧٠ ، ٧١ بند ٦٣

(٢) القانون الجنائى ص ٢٩

(٣) معلقا عليه ص ٢٤

صدور القانون فيما لم ينص القانون على تجريمه فهو كذلك على الإباحة الأصلية .

ـ الإباحة الطارئة :

لقد حدد المشرع السوداني الجرائم المحظورة ، ووضع العقوبات المناسبة لها لكنه رأى أن من الأفعال ما يحصل فى ظاهره صورة الجريمة ، ولكن يحيط به من الظروف والملابسات ما يحمل المشرع على استثنائه من التجريم ، كالضرب والجرح والقتل فى بعض صورته . فاستثناء مراعاة لمصلحة تسمو على المصلحة فى العقاب عليه ، أو بناء على وقوعه من شخص يلزمه القانون بالقيام به ، أو أن القانون يقره على فعله كما تنص على ذلك المادة رقم (٤٤) من قانون العقوبات : « لا يعد الفعل جريمة اذا وقع من شخص ملزم قانونا بالقيام به ، أو يقره القانون على فعله ، أو اذا كان الشخص الذى وقع منه الفعل - بسبب غلط فى الوقائع لا بسبب غلط فى القانون - يعتقد بحسن نية أنه ملزم قانونا بالقيام به ، أو أن القانون يقره على فعله » .

فقد رفعت هذه المادة صفة الجريمة عن الأفعال التى شملها نصها بناء على الأسباب التى أحاطت بها ، سواء أكافى قياما بواجب ، أو موافقة لروح القانون ، أو غلطا فى الوقائع . وعلى ذلك فتعود هذه الأفعال للإباحة الأصلية استثناء . فلا تترتب على القيام بها أية مسئولية ، لأنه لا يمكن أن يعطى القانون حقا ، أو يفرض واجبا ، ثم يعاقب على أدائه أو القيام به^(١) .

ومن الأفعال التى استثنائها المشرع من التجريم كل فعل يقع بسبب الدفاع الشرعى ، سواء أكان ضربا أو جرحا أو قتلا ، كما تقرر ذلك المادة رقم (٥٥) من قانون العقوبات : « لا جريمة فى فعل يقع عند استعمال حق الدفاع الشرعى استعمالا مشروعاً » .

(١) معلقا عليه ص ٤٧

فقد وصفت هذه المادة الدفاع بأنه حق ، ورفعت صفة الجريمة عن كل فعل من الأفعال التي تقع بسبب مباشرة هذا الحق ، اذا استعمل استعمالا مشروعاً . ومؤدى ذلك أن الدفاع حق مباح للمعتدى عليه ، وأنه سبب من أسباب الإباحة الطارئة (١) . وأنه حق يباح للشخص عن نفسه وماله . كما يباح عن نفس غيره وماله ، ضد أية جريمة من الجرائم الواقعة على النفس ، أو المال ، كما جاء بالمادة رقم (٥٦) من قانون العقوبات : « مع مراعاة القيود المبينة فيما بعد ، يكون لكل شخص الحق في الدفاع الشرعي :

(أ) عن جسمه أو جسم أى شخص آخر ، ضد أية جريمة تؤثر في سلامة الجسم .

(ب) عن مان ثابت أو منقول ، مملوك له أو لغيره ضد أى فعل يعتبر جريمة حسب التعريف المقرر لجرائم السرقة أو النهب أو الاتلاف ، أو التعدى الجنائى ، أو أى فعل من أفعال الشروع فى ارتكاب احدى هذه الجرائم » .

* * *

● مقارنة :

نستخلص مما تقدم أن الإباحة قسم من أقسام الحكم الشرعى ، وهى التخيير بين الفعل والترك . وأنها تنقسم الى أصلية وطارئة . وأن الإباحة الأصلية تطلق على ما لم يرد فيه نص ، أو ورد نص بالتخيير فيه ، وأن الطارئة تطلق على الإباحة اللاحقة لفعل محظور بنص ، فترفع الحظر عنه استنادا لنص آخر يبيح الحظر السابق ، تحقيقا لمصلحة أسمى من المصلحة فى الحظر . وأن أسباب الإباحة الطارئة غير متحصرة . ومن بينها الدفاع الشرعى ، وهو سبب يبيح أصل الفعل ، فلا تترتب عليه أية مسئولية .

(١) معلقا عليه ص ٧٧

كما نستخلص من القانون السوداني ، أنه يقسم الإباحة إلى أصلية وطارئة بناء على القاعدة الشرعية : « لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون » ، فالإباحة الأصلية تتمثل في الأشياء والأفعال التي لم يسدر المشرع نصا يحظرها . والإباحة الطارئة تتمثل فيما صدر نص يحظره ثم صدر نص آخر يرفع الحظر المنصوص عليه مراعاة لمصلحة أجدد بالرعاية من المصلحة في الحظر ، فيعود الفعل المحظور إلى الإباحة .

وعلى الرغم من أن المشرع السوداني لم يفرد بابا خاصا لأسباب الإباحة ، وإنما أوردها ضمن الاستثناءات العامة^(١) ، فإنه يجعل الدفاع الشرعي سببا من أسباب الإباحة الطارئة . يلحق أصل الفعل فيبحر عنه صفة الجريمة ، وينفى عن فاعله المسؤولية الجنائية والمدنية . كما أنه يجعله سببا يستفيد منه الشخص في الدفاع عن نفسه وعن غيره . كما يستفيد منه من يسهم مع المعتدى عليه في الدفاع عن نفسه أو ماله ، فلا تلحقه أية مسؤولية ، كما لو كان يدافع عن نفسه .

ومن هذه الخلاصة يتضح أن الشريعة والقانون لا يختلفان على مبدأ الإباحة الأصلية والطارئة . ويتفقان على أن الدفاع الشرعي سبب من أسباب الإباحة الطارئة ، يبيح أصل الفعل فينفي عنه صفة الجريمة ، كما ينفي عن فاعله أية مسؤولية جنائية كانت أو مدنية . وأنه سبب يستفيد منه الشخص المعتدى عليه ومن يشترك معه في الدفاع عنه بالقدر الذي يستفيد به المدافع عن نفسه . كما يستفيد من الشخص في الدفاع عن غيره . وأن نصوص وقواعد الشريعة الإسلامية تضمنت من المبادئ والنظريات ، ما يعتبره الفقه الوضعي من أحدث النظريات القانونية ، فإذا أمعنا النظر في القاعدتين الأصوليتين : « لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع »^(٢) و « الأصل في الأشياء والأفعال

(١) القانون الجنائي ص ٦٢١

(٢) الأحكام في أصول الأحكام - الأمدى - مطبعة المعارف بمصر

(١٢٣٢ هـ) ج ١ ص ١٣٠

الإباحة»^(١) المستندتين الى النصوص القرآنية الصريحة ،
 كتونه تعالى : « وما كنا معلين حتى نبعث رسولا » (٢) . وقوله تعالى :
 « وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولا يتلوا عليهم آياتنا » (٣)
 نجد أنهما قرديان المعنى نفسه المقصود به مبدأ الشرعية في الفقه الوضعي :
 « لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون » الذي يعتبره الشراح من
 ثمار الثورة الفرنسية^(٤) .

وإذا كانت الشريعة منذ طلوع فجرها ، تضمنت نصوصها وقواعدها
 من المبادئ ما يصلح لأعداد أحدث النظريات ، كنظرية الإباحة والدفاع
 الشرعي والسببية وأمثالها ، فإن مبدأ الشرعية الذي تستند اليه نظرية
 الإباحة لم يظهر مفهومه إلا في القرن الثالث عشر الميلادي في العهد
 الأعظم . ولم تبلور فكرته كمبدأ معمول به ، إلا في القرن الثامن عشر
 الميلادي . وأن فقهاء الاسلام وإن لم يضعوا الفقه الاسلامي في نظريات
 - تعالج كل نظرية منها موضوعا خاصا من كل جوانبه - لتأثيرهم
 بروح عصرهم وحاجته . فاتهم أودعوا التراث الفقهي الاسلامي من
 المبادئ والقواعد والأحكام ما يفي بحاجة الباحثين ويجعلهم في سعة
 من أن يستنبطوا منه ما يلزم حاجة عصرهم من النظريات .

(١) رد المحتار ج ٤ ص ١٦١

(٢) الاسراء : ١٥

(٣) القصص : ٥٩

(٤) التشريع الجنائي الاسلامي - عبد القادر عودة ج ١

ص ١١٥ - ١١٨ - الطبعة الثالثة (١٣٨٣ هـ) مطبعة المدني ، وسأشير
 اليه بالتشريع الجنائي الاسلامي .

الفصل الأول

تعريف الدفاع الشرعى

- تعريف الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى .
- تعريف الصيالى فى اللغة واصطلاح الفقهاء .
- تعريف الصائلى .
- تعريف الدفاع الشرعى عند الفقهاء الحديثين ، وفى القانون .
- التعريف المختار .

تعريف الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى

الدفاع الشرعى اصطلاح قانونى معروف لدى الشراح • وقد اصطلاح الفقهاء على تسميته بـ « دفع الصائل »^(١) • وكل الأحكام المتعلقة به ترد فى باب الصيال وحكم الصائل • ولكى يسهل الرجوع الى تلك الأحكام ، ولمعرفة المراد بـ « الصيال » و « الصائل » منعرف كل منهما ، ثم نورد تعريفات الدفاع الشرعى ، لنختار منها التعريف الذى يبين ماهيته ، ويحدد نطاقه الفقهى والقانونى •

● تعريف الصيال فى اللغة :

جاء فى كتب اللغة : صال على قرنه صولا وصيالا ، بمعنى : سطا • وصال عليه بمعنى : سطا ووثب ، والصؤول من الرجال : الذى يضرب الناس ويتناول عليهم • والمصاولة : المواجهة • وصال الجمل يصول صيالا • وهو جمل صؤول : وهو الذى يأكل راعيه ، ويؤايب الناس فيأكلهم ، أو صار يقتل الناس ويعدو عليهم^(٢) • وصال على خصمه يصول صولا وصيالا : سطا عليه وقهره^(٣) : وقال البرماوى : « لغة : الاستطالة والوثوب »^(٤) •

* * *

(١) التشريع الجنائى الاسلامى ج ١ ص ٤٧٣ ، والحكم التخييرى ص ٤٧٩

(٢) لسان العرب وقطر المحيط .

(٣) دائرة معارف القرن العشرين - محمد فريد وجدى .

(٤) حاشية البرماوى على شرح الفاية لابن قاسم الفزى -

البرماوى - الطبعة الثانية (١٣٢٤ هـ) المطبعة الازهرية ص ٢٨١

● تعريف الصيال في اصطلاح الفقهاء :

لقد عرف المليباري الصيال بقوله : « هو الاستطالة والوثوب على الغير »^(١) . فقد زاد على التعريف اللغوي ، الذي أورده البرماوى عبارة « على الغير » وقد علق الدمياطى على هذا التعريف بأنه تعريف لغوي . وأن عطف الوثوب على الاستطالة ، عطف تفسير ، بمعنى الهجوم والعدو والقهر . وعرفه اصطلاحاً بقوله : « وأما شرعاً فهو الوثوب على معصوم بغير حق »^(٢) . ويقول البرماوى : « وشرعاً الاستطالة والوثوب على الغير بغير حق ، المعبر عنها باستطالة مخصوصة »^(٣) .

فالواضح من المعنى اللغوي لتعريف الصيال بالاستطالة وتفسيرها بالهجوم والعدو والقهر أن المراد بالصيال « الاعتداء على الغير » كما يتضح من المعنى الاصطلاحي أنه اعتداء غير مشروع . لأن الفعل المشروع لا يوصف بأنه استطالة ، ولا يقال عنه أنه بغير حق . ويلاحظ أن تعريف الدمياطى يتضمن قيده لم يذكر في التعريفين الآخرين ، وهو أن يكون المعتدى عليه « معصوماً » وعلى هذا القيد فلا يكون الفعل اعتداءً إذا كان المعتدى عليه غير معصوم . بينما يفهم من اطلاق التعريفين الآخرين أن الصيال يعتبر اعتداءً سواء أكان المصوب عليه معصوماً أو غير معصوم . وهو تعريف غير جامع لأنه لا يبرز ماهية الدفاع الشرعى . ومع ذلك فهو يضع شرطاً من شروط نشوئه ، وهو أنه يكون الفعل المراد دفعه اعتداءً كما سنرى^(٤) .

* * *

● تعريف الصائل :

يصف الفقهاء الصائل بأنه الظالم ، فيعرفه الشريينى بقوله : « الصائل الظالم »^(٥) . ويقول الدسوقي : المراد بالصائل مريد

(١) فتح العين بهامش اعانة الطالبين - المليبارى ج ٤ ص ١٧٠

(٢) اعانة الطالبين - الدمياطى - مطبعة الحلبي (١٣٤٣ هـ) دار

احياء الكتب العربية ج ٤ ص ١٧٠

(٣) حاشية البرماوى ص ٢٨١ (٤) انظر ص ١٥٩

(٥) مغنى المحتاج - الشريينى - مطبعة الحلبي (١٣٧٧ هـ) ج ٤

الصون»^(١) . ويفهم من هذا التعريف أنه يسمى صائلا وإن لم يصل
بأنفعل ، بل كان يريد الصول ، أو كان على وشك أن يصول .

ويقول شارح أسهل المسالك : « الصائل هو الذي يفصد قتل النفس ،
وليس له غرض من أخذ المال ونحوه »^(٢) . ويعرفه ابن تيمية بقوله :
« هو الظالم بلا تأويل ولا ولاية »^(٣) . ووصف الصائل بالظالم وتعريفه
بذلك يؤدي إلى أن الصائل هو المعتدى ، ولو لم يكن معتديا لما وصف
بأنه ظالم ، ويعتبر معتديا سواء وقع منه العدوان بالفعل أو كان على
وشك أن يقع كما يظهر من تعريف الدسوقي .

ويعرفه الأستاذ المذكور بقوله : « الصائل هو المعتدى ، مكلفا أو
غير مكلف من الإنسان أو غيره ، على شخص بما يفوت نفسه ، أو بعضه
أو ماله »^(٤) .

وهذا التعريف أشمل من التعريفات التي أوردها الفقهاء المتقدمون ،
لأن المعتدى قد يكون شخصا بالغيا عاقلا ، وقد يكون صبييا ، أو
مجنونا أو حيوانا أعجم . وقد يكون الاعتداء على نفس الشخص أو
عرضه أو ماله ، ولكل من هذه الحالات حكم عند الفقهاء . والتعريف
بهذه الصيغة يعتبر تعريفا للدفاع الشرعي كما يظهر من قول الأستاذ
مذكور بعد التعريف : « وحقه في دفع الصائل يسمى حق الدفاع الشرعي
الخاص »^(٥) .

* * *

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - الدسوقي - دار احياء
الكتب العربية ج ٤ ص ٣٥٧ - مطبعة الحلبي .

(٢) سراج السالك شرح أسهل المسالك - برى - الطبعة الأخيرة
(١٣٩٢ هـ) ج ٢ ص ٢٢٧

(٣) السياسة الشرعية - ابن تيمية - الطبعة الرابعة (١٩٦٩ م)
دار الكتاب العربي بمصر ص ٨٧

(٤) الحكم التخييري ص ٣٧٩ (هـ) .

(٥) المرجع السابق ص ٤٧٩ (هـ) .

● تعريف الدفاع الشرعى عند الفقهاء الحديثين :

يقول الأستاذ عودة فى تعريفه : « الدفاع الشرعى الخاص فى الشريعة هو : واجب الانسان فى حماية نفسه أو نفس غيره ، وحقه فى حماية ماله أو مال غيره ، من كل اعتداء حلال ، غير مشروع ، بالقوة اللازمة لدفع الاعتداء » (١) .

فقد جمع هذا التعريف الفروع الفقهية التى أدخلها الفقهاء تحت باب الصيال وحكم دفع الصائل ، لأن التعبير بواجب الانسان فى حماية نفسه أو نفس غيره ، يشير الى اختلاف الفقهاء فى أن الدفاع عن النفس واجب أم جائز . كما يشير الى اباحة الدفاع عن الغير . وأن التعبير بحقه فى حماية ماله أو مال غيره يشير الى رأى من يقول أن الدفاع عن المال جائز ، لأن لصاحب الحق أن يتمسك بحقه أو يتخلى عنه . كما يشير الى اباحة الدفاع عن مال الغير . وأن وصف الاعتداء بأنه حال غير مشروع ، يشير الى شروط نشوء الدفاع . والتعبير بالقوة اللازمة يشير الى شروط استعماله .

ويلاحظ أن الأستاذ عودة ، قسم الدفاع الشرعى الى خاص وعام ، وأطلق على دفع الصائل : الدفاع الشرعى الخاص ، وعلى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر (٢) الدفاع الشرعى العام (٣) وحصر الدفاع الشرعى الخاص فى الجانب الجنائى من الفقه الإسلامى . ولم يسبقه غيره من الفقهاء المتقدمين الى هذا التقسيم . ولم تظهر عبارة « الدفاع الشرعى الخاص » فى مصطلحاتهم . وقد وردت فى قانون العقوبات السودانى

(١) التشريع الجنائى الإسلامى ج ١ ص ٧٣

(٢) التشريع الجنائى الإسلامى ج ١ ص ٩٢ ، المعروف هو : كل قول أو فعل ينبغى قوله أو فعله طبقاً لنصوص الشريعة الإسلامية ومبادئها العامة وروحها . والمنكر هو : كل معصية حرمتها الشريعة ، سواء وقعت من مكلف أو غير مكلف . ويعرف المنكر عند بعض الفقهاء بأنه كل محظور الوقوع فى الشرع .

(٣) التشريع الجنائى الإسلامى ج ١ ص ٧٢

لعام ١٩٢٥ م وقانون العقوبات الهندي ، فكل من القافوفين يسميه « حق الدفاع الشرعى الخاص » (The right of private defence) ، بمعنى أنه حق يمارس بواسطة الأفراد ، وليس خاصا بمعنى أنه وقف على نفس الشخص وماله ، فقد يتعدى للدفاع عن شخص ومال الغير ، ورغم أن قانون العقوبات المصرى أخذ أحكام الدفاع الشرعى من قانون العقوبات الهندي ، فلم يطلق عليه « حق الدفاع الشرعى الخاص » وإنما أطلق عليه « حق الدفاع الشرعى »^(١) . وكذلك فعل المشرع السودانى فى قانون العقوبات لعام ١٩٧٤ م .

* * *

● تعريف الدفاع الشرعى فى القانون :

بعض الشراح لا يعرف الدفاع الشرعى وبعضهم يضع له تعريفا . وقد عرفه الدكتور رمسيس بهنام بقوله : « معناه أن يحرس الانسان نفسه أو غيره حين لا تأتى حراسة البوليس »^(٢) .

ويعرفه الدكتور محمود نجيب حسنى بأنه : « استعمال القوة اللازمة لصد خطر حال غير مشروع ، يهدد بالايذاء حقا يحميه القانون »^(٣) .

ويعرفه الأستاذ محمود ابراهيم بأنه : « دفع اعتداء اجرامى على وشك الوقوع بدرجة خطره عن نفس المدافع ، أو عن ماله ، أو عن غيره ، أو ماله »^(٤) .

(١) القانون الجنائى ص ٥٩٠ ، ٦٤٣ ، وانظر :

Rantanlal - The Law of Crimes. 20th. ed . (Bombay), the Bombay Law Reporter (Private) LTD. (1961). p. 195.

(٢) النظرية العامة للقانون الجنائى - رمسيس - طبع منشأة المعارف بالاسكندرية (١٩٧١ م) ص ٣٧٨

(٣) شرح قانون العقوبات المصرى - حسنى ص ١٩٩ بند ١٩٥

(٤) شرح الأحكام العامة فى قانون العقوبات المصرى - محمود ابراهيم اسماعيل - الطبعة الثانية (١٩٥٩ م) دار الفكر العربى ص ٦٤ بند ٢٧٣

والتعريف الثانى أعم من التعريف الأول لأن عباراته تشتمل على شروط نشوء الدفاع واستعماله . كما أن الحق الذى يحميه القانون ، يدخل فى عمومته كل الحقوق التى جاءت الشرائع لحمايتها كحق الدفاع عن النفس والعرض والمال ، وحق الدفاع عن الغير . ويتضمن نفس المعانى التى تضمنها تعريف الأستاذ عودة للدفاع الشرعى . وأن التعريف الثالث لا يخرج عن مضمون التعريف الثانى .

وفىما اطلعت عليه لم يتعرض الشراح والقضاة السودانيون - الذين اضطلموا بتطبيق القانون والتعليق على القضايا - الى تعريف الدفاع الشرعى ، ومرد ذلك الى عدم حاجتهم الى التعريف الفقهى الاصطلاحي أثناء نظر القضايا ، اكتفاء بوضوح النصوص التى تعالج كل واقعة . وعدم ملاءمة مجال القضايا للتعريفات والشروح الفقهية ، الا بما تدعو اليه الحاجة فى مجال الاستدلال . واذا أردنا أن نضع تعريفا فقهيا يميز الدفاع الشرعى فى الفقه الجنائى السودانى لا بد أن نستعرض بعض المواد وشروحها بإيجاز . ثم نستخلص من مدلولها التعريف المميز والملائم لطبيعة الدفاع الشرعى وشروطه .

تقول المادة رقم (٥٥) من قانون العقوبات : « لا جريمة فى فعل يقع عند استعمال حق الدفاع الشرعى استعمالا مشروعاً » .

فقد نفى المشرع بنص هذه المادة عن الفعل الذى يقع بسبب الدفاع الشرعى صفة الجريمة فجعله مشروعاً ، لأن كل فعل تنتفى عن ارتكابه صفة الجريمة ، فهو مشروع قانوناً . كما أنه جعل الدفاع حقاً للمعتدى عليه لتعبيره عنه بأنه حق « حق الدفاع الشرعى » فى هذه المادة والمواد التالية لها^(١) . وبالتالي لا جريمة فى استعمال حق مقرر بمقتضى القانون . ولا يعقل أن يعطى المشرع حقاً ، ثم يعاقب على أدائه ، اذا استعمل صاحب الحق حقه استعمالاً مشروعاً .

(١) انظر المواد ٥٦ - ٦٣

فلا يجوز له أن يتجاوز بسبب الدفاع القدر اللازم لرد العدوان ، أو يؤدي حقه بسوء نية ، أو بقصد الانتقام ، أو بقصد اشباع لحقد أو ضغينة^(١) .

فهو حق مشروع لغرض الدفاع ومقصود عليه ، ولا يصح استعماله لأكثر من ذلك كما تقول المادة رقم (٥٦) من قانون العقوبات : « لا يمتد حق الدفاع الشرعى بأية حان الى الحاق الأذى بما يجاوز القدر اللازم لغرض الدفاع » .

وتشترط أن تكون القوة المبذولة فى الدفاع مناسبة للقوة المبذولة فى الاعتداء تناسباً تقريبياً ، بحيث لا تفوقها بما يجاوز القدر اللازم لأغراض الدفاع . ولا يشترط التكافؤ الدقيق بين القوتين لأن ذلك معيار يصعب ضبطه^(٢) .

ويجب أن يكون استعمال القوة لازماً وضروريا لرد العدوان ، بحيث لا يمكن الاحتماء بوسيلة أخرى دون اللجوء إليها ، كما تقتضى ذلك المادة رقم (٥٩) من قانون العقوبات : « لا وجود لحق الدفاع الشرعى متى وجد متسع من الوقت للجوء لحماية السلطات العامة »^(٣) .

ولا يكون استعمال القوة لازماً الا اذا وجد خطر اعتداء حال ، أو على وشك الوقوع . فاذا كان هناك متسع من الوقت للافلات من ذلك الخطر باللجوء لحماية السلطات العامة ، فلا محل لمباشرة حق الدفاع

(١) معلقا عليه ص ٧٧ ، وانظر :

A. Gledhill , The penal code of northern Nigeria and the Sudan, (1963) Lagos, London Sweet and Maxwell , p. 146.

(٢) انظر ص ١٤٠ من هذه الرسالة .

(٣) السلطات العامة هى : السلطات المنوط بها حفظ الأمن والنظام ، والمخول لها منع وقوع الجرائم والتحريك فيها ، فهى لا تشمل المواطن العادى الذى لا يملك الصلاحية للقيام بما ذكر . انظر المجلة القضائية (١٩٧٠ م) حكومة السودان - ضد : تاج الدين عيسى زكى ص ١٤

الشرعى ، ويصبح فعل المعتدى عليه تجاوزا ينفى حقه فى الدفاع إن لم يكن تعديا كاملا .

ففى قضية : حكومة السودان - ضد : تاج الدين عيسى زكى (١٩٧٠ م) يقول القاضى عتيق : « وجود الوقت الكافى للجوء للسلطات العامة يسلب المتهم حقه الشرعى فى دفع العدوان . اذ يجب أن يكون العدوان المراد رده حالا ، أو على وشك الوقوع ، فخشية وقوع العدوان فى المستقبل أو المجازاة لاعتداء سابق ، لا يعطى المتهم حقا فى ممارسة حق الدفاع الشرعى ، وفى هاتين الحالتين يمكن الرجوع الى السلطات العامة ، لأن من اختصاصها منع وقوع العدوان ، أو التحرى فى عدوان مضى . ولهذا فانه لا يجوز الدفاع الا فى الوقت الذى لا يمكن فيه طلب الغوث ، أو النجدة من السلطات العامة » (١) .

واذا نظرنا الى المادة (٥٦) من قانون العقوبات نجد أنها تقتض على الآتى : « مع مراعاة القيود المبينة فيما بعد ، يكون لكل شخص الحق فى الدفاع الشرعى :

(أ) عن جسمه أو جسم أى شخص آخر ، ضد أية جريمة تؤثر فى سلامة الجسم .

(ب) عن مال ثابت أو منقول ، مملوك له أو لغيره ، ضد أى فعل يعتبر جريمة ، حسب التعريف المقرر لجرائم السرقة ، أو النهب أو الاتلاف أو التعدى الجنائى ، أو أى فعل من أفعال الشروع فى ارتكاب احدى هذه الجرائم » .

ففى تحدد النطاق الذى يباشر فيه الشخص حق الدفاع الشرعى . فمن حقه أن يدفع عن نفسه أو ماله ، وعن نفس ومال غيره ، كل اعتداء يمس سلامة الجسم أو يؤدى الى اتلاف المال . كما أنها حصرت

الجرائم التى تجيز اندفاع فى جرائم نفس . بمعنى الجرائم المناسة بالحياة ، وفى جرائم الماء الواردة بها على سبيل الحصر (١) .

وخلاصة ذلك ، أن اشترع أباح فعل الدفاع فجعله مسروعا لأنه ففى عنه صفة الجريمة ، كما أنه جعله حقا للسندى عليه ، يمارسه عند الحاجة اليه . واشترط لنشوء هذا الحق وجود الأعداء ، لأنه لا يمكن أن ينشأ دفاع من غير أن يسبغه اعتداء . واشترط أيضا أن يكون الاعتداء حالا ، أو على وشك الحلول ، كما اشترط لاستعمال هذا الحق استعمالا مشروعا ، أن يكون الدفاع أمرا لازما لرد العدوان ، ولا يمكن تحاشي الخطر بدون اقيام به ، وأن يكون اندمرد المبذول من القوة فى الدفاع ، مناسبا للقدر المبذول من القوة فى الاعتداء (٢) .

وعلى ضوء هذه الخلاصة التى تبرز أهم مقومات نظرية الدفاع الشرعى ، فخرج بالتحريف الآتى : الدفاع الشرعى هو : « حق الشخص فى حماية نفسه أو ماله ونفس غيره أو ماله ، من خطر كل اعتداء غير مشروع ، حال أو على وشك الوقوع بالقوة اللازمة المناسبة لرد الاعتداء » .

ففى التعبير بأنه « حق » اشارة الى أنه حق مشروع بمقتضى القانون ، لا اثم ولا عقوبة على من يباشر القيام به ، لأنه القانون لا يعطى حقا ويجرم أدائه ، أو القيام به . وفى التعبير بـ « حماية نفسه ، أو ماله ونفس ومال غيره » تحديد للنطاق الذى يمارس فيه الشخص حق الدفاع الشرعى . وفى التعبير بقولنا : « من خطر كل اعتداء غير مشروع ، حال ، أو على وشك الوقوع » اشارة الى شروط نشوئه . وفى التعبير « بالقوة اللازمة المناسبة لرد الاعتداء » اشارة الى شروط استعماله . فيكون التعريف اذن مميزا للمعرف عن غيره من الحقوق المشروعة .

(١) معلقا عليه ص ٧٨ ، وانظر : Gledhill, op. cit , p. 132.

(٢) انظر شروط الدفاع فى هذا البحث ص ٢١٢ - ٢١٧

وهو تعريف يلائم التعريف الذى منختره ، وعلى هدى هذين التعريفين
سيقوم تفصيل البحث •

● التعريف المختار :

عند تعرض الفقهاء لبيان أحكام الدفاع الشرعى ، عرفوا الصيال
والصائل • وأن تعريف الصيال يتجه الى معنى تعريف الاعتداء • وأن
تعريف الصائل يتجه الى تعريف الشخص المعتدى ، وكلا الاتجاهين
لا يحوى الفروع الفقهية التى تدخل تحت فكرة الدفاع الشرعى ، وأن
التعريف الذى تدرج تحته التعريفات الفقهية التى تناولها نظرية الدفاع
الشرعى ، فى مجالى الفقه والقانون ، هو تعريف الأستاذ عودة كما
وضعه • ويلتقى معه فى مضمونه تعريف الأستاذ محمود نجيب حسنى ،
وكذلك التعريف الذى وضعناه لتعريف الدفاع الشرعى فى الفقه
الجنائى السودانى •

لذلك فختار تعريف الأستاذ عودة تعريفا للدفاع الشرعى فى اصطلاح
الفقه الاسلامى وهو : « الدفاع الشرعى هو : واجب الانسان فى
حماية نفسه أو نفس غيره ، وحقه فى حماية ماله أو مال غيره ، من
كل ابتداء حال غير مشروع ، بالقوة اللازمة لدفع الاعتداء » •

الفصل الثاني

أُصْلُ مَشْرُوعِيَّةِ الدِّفَاعِ السَّرْعِيِّ

- أصل مشروعيته في الفقه الاسلامي.
- الوقائع العملية .
- أصل مشروعيته في القانون .

أصل مشروعية الدفاع الشرعى فى الفقه الإسلامى

الدفاع الشرعى حق مستمد من طبيعة الإنسان وفطرته • فهو بطبيعته محب لذاته ، شغوف بالمحافظة عليها ، وحريص على بقائها واستمرارها • وقد فطره الله على أن يدفع كل عدوان يهدد حياته أو ماله ، أو ينال من عرضه ، كما دعت الحاجة الى الارتباط بالأفراد والجماعة ، أن يتضامن معها وينخرط فى ركبها • فهو يزود عن حياته الغوائل ، كما تزود هى عنه عند الشدائد ، وهو يدافع عن غيره ، كما يدافع عن نفسه بحكم هذا التضامن والترابط •

وقد أقرت الشريعة الإسلامية هذا الحق فى الدفاع عن النفس والمال والعرض وعن الغير • ونظمت الفطرة عند استعماله ، فأباحته عند الحاجة اليه ، وبالقدر الذى يدفع الضرر عن المعتدى عليه • وقد استدل الفقهاء على أصل مشروعيته بآيات من القرآن الكريم ، وأحاديث من السنة المطهرة اذ يقولون : « والأصل فى الباب (١) قوله تعالى : ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ (٢) وخبر : « من قتل دون (٣) أهله فهو شهيد ، ومن قتل دون ماله فهو

(١) باب الصيال وحكم دفع الصائل •

(٢) «دون» فى أصلها ظرف مكان بمعنى تحت ، وتستعمل للسببية على المجاز • ووجهه أن الذى يقاتل عن ماله ، غالباً إنما يجعله خلفه أو تحته ثم يقاتل عليه ، وقد استعملت فى هذا الحديث بمعنى لأجل • انظر فتح البارى ، مطبعة الحلبي (١٩٥٩ م) ج ٦ ص ٤٧ ، ٤٨ ، وإعانة الطالبين ج ١ ص ١٧١ - والآية من سورة البقرة : ١٩٤

(٣) أسنى المطالب فى شرح روض الطالب - زكريا الأنصارى - الطبعة اليمنية بمصر (١٣١٣ هـ) ج ٤ ص ١٦٦ ، ومغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٤ وانظر الحكم التخييري ص ٤٧٩ ، والتشريع الجنائى الإسلامى ج ١ ص ٤٧٣

شهيد»^(١) ، وخبر البخارى : « انصر أخاك ظالما أو مظلوما ... » الحديث^(٢) . وغير ذلك من الآيات والأحاديث . ومن هذه الأدلة ما يكون وجه الدلالة عليه واضحا لا يحتاج الى شرح ، ومنها ما لا يظهر وجه الدلالة فيه من الوهلة الأولى ، فيحتاج الى الشرح والتوجيه . وسنورد بعض هذه الآيات والأحاديث لنقف على أصل مشروعية الدفاع فيها ، وترك البعض الآخر للاستدلال به فى مواضعه . ومن تلك الآيات قوله تعالى :

(١) ﴿ الشهر الحرام بالشهر الحرام والحرمات قصاص ، فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ (٣) :

فقد أمر الله تعالى فى هذه الآية ، برد العدوان بمثله ، وهو أمر بالاباحة^(٤) . ومع أن رد العدوان والجزاء عليه ليس عدوا فى الحقيقة ، بل هو حق للمعتدى عليه فقد سمي بذلك مجازا ومن قبيل المشاكلة ، ومقابلة الكلام بمثله^(٥) .

يقول الجصاص : « وسمى الجزاء اعتداء لأنه مثله فى الجنس ، وقدر الاستحقاق ، على ما يوجبه فسمى باسمه على وجه المجاز ، لأن المعتدى فى الحقيقة هو الظالم »^(٦) .

وإذا كان الأمر برد العدوان بمثله أمرا بالاباحة فهل هذا الحكم

(١) المذهب ج ٢ ص ٢٢٥ ، وشرح البهجة - زكريا الانصارى المطبعة اليمنية (١٣١٨ هـ) ج ٥ ص ١١١ ، وأسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٦
(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٦ ، ومغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٤
(٣) البقرة : ١٩٤

(٤) روح المعانى - الألوسى - دار أحياء التراث العربى - بيروت ج ٢ ص ٧٧

(٥) الجامع لأحكام القرآن - القرطبى - الطبعة الثالثة (١٩٦٧ م) دار الكتب المصرية ج ٢ ص ٣٥٦ وسأشير اليه بالقرطبى . ونهاية المحتاج الى شرح المنهاج - الرملى - مطبعة الحلبي (١٣٥٧ هـ) ج ٨ ص ٢١
(٦) أحكام القرآن ج ١ ص ٣٠٧

باق ؟ وهل تشمل هذه الاباحة « الدفاع الشرعى » ؟ الذى هو رد للعدوان
- الواقع المستمر ، أو الذى على وشك الوقوع - بقدر مثله أو يقاربه
فى القوة اللازمة والمناسبة لرده ؟

قد اختلف أهل التأويل فيما اذا كان حكم اباحة رد العدوان بشله
باقيا أم منسوخا ، ويرجع ذلك الى اختلافهم فى سبب وتاريخ نزول هذه
الآية • فقد ذهب بعضهم الى أنها نزلت بمكة والمسلمون يومئذ قلة ،
وذهب البعض الآخر الى أنها نزلت بالمدينة بعد عمرة القضاء • وذلك أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتمر فى شهر ذى القعدة ، سنة ست
من الهجرة - عام الحديبية - فمنعه المشركون من دخول مكة والبيت
الحرام ، فتصالح معهم على أن يرجع عنها هذا العام ، ويعود ليدخلها
فى العام المقبل ، سنة سبع من الهجرة •

وقد عاد صلى الله عليه وسلم فى العام المقبل ، فى نفس شهر
ذى القعدة ، ودخل مكة وطاف بالبيت الحرام •

وكان ذلك اقتصاصا للمؤمنين من المشركين ، فنزل قوله تعالى :
﴿ الشهر الحرام بالشهر الحرام ﴾ ... الآية (١) •

عن ابن عباس قال : « نزلت بمكة والمسلمون يومئذ قليل ، وليس
لهم سلطانة يقهر المشركين • وكان المشركون يتعاطونهم بالشتم والأذى ،
فأمر الله المسلمين من يجازى منهم أن يجازى بمثل ما أتى ، أو يصبر
أو يعفو » (٢) •

ثم نسخ ذلك بآية القتال : ﴿ وقاتلوا المشركين كافة ﴾ (٣) وقيل : نسخ

(١) جامع البيان - الطبرى - دار المعارف للطباعة والنشر ج ٢
ص ٥٧٥ وسأشير اليه بالطبرى • وانظر القرطبي ج ٢ ص ٣٥٤
(٢) الطبرى ج ٣ ص ٥٨٠ ، وانظر القرطبي ج ٢ ص ٣٦٠
(٣) التوبة : ٣٦

ذلك يرد الجزاء للسلطان • فليس لأحد أن يقتص لنفسه بنفسه الا باذن منه (١) •

قال ابن عباس : « فلما هاجر رسول الله صلى الله عليه وسلم الى المدينة ، وأمر الله سلطانه ، أمر المسلمين أن ينتهوا في مظالمهم الى سلطانهم وأن لا يعدوا بعضهم على بعض كأهل الجاهلية » (٢) •

وذهب بعضهم الى القول بأن الآية نزلت بالمدينة بعد عمرة القضاء ، وعزا ابن جرير الطبري هذا الرأي الى مجاهد ، وذلك رد لما ذهب اليه ابن عباس بأنها مكية (٣) •

وما رواه القرطبي عن ابن عباس وقتادة ومجاهد ومقسم والسدي والربيع والضحاك وغيرهم ، يؤيد أنها نزلت بالمدينة بعد عمرة القضاء ، سنة سبع من الهجرة (٤) • ويعضد الرأي الذي ذهب اليه مجاهد ما رد به ابن جرير على ما ذهب اليه ابن عباس •

ومما ذهب اليه أهل التأويل من أن الآية نزلت بعد عمرة القضاء سنة سبع من الهجرة ، يرجح أنها لم تنسخ بآية القتال • وإن حكمها بإباحة رد العدوان بمثله باق في حق المسلمين ، يقول القرطبي : « قالت طائفة : ما تناولت الآية من التعدي بين أمة محمد صلى الله عليه وسلم ، والجنايات ونحوها لم ينسخ ، وجاز لمن تعدى عليه في مال أو جرح أن يتعدى بمثل ما تعدى به عليه اذا خفي (٥) له ذلك وليس بينه وبين الله تعالى في ذلك شيء » (٦) وعزا ذلك الى الشافعي ، ورواية عن مالك •

(١) القرطبي ج ٢ ص ٣٦٠ ، وانظر تفسير القرآن العظيم - ابن كثير - طبع دار احياء الكتب العربية - مطبعة الحلبي ج ١ ص ٢٢٨ وسأشير اليه بآبئ كثير •

(٢) الطبري ج ٣ ص ٥٨٠

(٣) ابن كثير ج ١ ص ٢٢٨ ، والطبري ج ٣ ص ٥٨٠ ، ٥٨١ •

(٤) القرطبي ج ٢ ص ٣٥٤

(٥) القرطبي ج ٢ ص ٣٥٥ (هـ) - خفي بمعنى ظهر وهو من أسماء

الأفداد • (٦) القرطبي ج ٢ ص ٣٥٥

ثم ان الآية مع بقاء حكمها باباحة رد العدوان بمثله عامة ، يدخل
فى عمومها اباحة الدفاع الشرعى • لأن الدفاع رد للعدوان الواقع
المستمر ، أو الذى على خطر الوقوع على النفس أو العرض أو المال ،
أو على الغير فى كل ذلك • فالآية اذن شاملة للاعتداء الواقع حقيقة أو
حكما •

يقول الشرينى : « قوله : ﴿ فمن اعتدى عليكم ﴾ • الآية ، فيه
أن الصائل لم يعتد بالفعل الا أن يقال : الآية شاملة للمعتدى حكما وهو
مريد الاعتداء » (١) •

والذى يدل على عمومها الذى يشمل اباحة الدفاع ، ما أورده
القرطبى بقوله : « ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى
عليكم ﴾ عموم متفق عليه ، اما بالمباشرة ان أمكن واما بالحكام • • » ،
ويقول فى الاستدلال بعمومها : « اختلف العلماء فيمن استهلك أو أفسد
شيئا من الحيوان والعروض التى لا تكال ولا توزن • فقال الشافعى
وأبو حنيفة وأصحابهما وجماعة من العلماء : عليه فى ذلك المثل ولا يعدل
الى القيمة ، الا عند عدم المثل لقوله تعالى : ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا
عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ وقوله : ﴿ وان عاقبتهم فعاقبوا بمثل
ما عوقبتهم به ﴾ (٢) • وقالوا : وهذا عموم فى جميع الأشياء كلها » (٣) •

يتضح مما تقدم أن الآية سواء نزلت بمكة اذا للمسلمين يرد
العدوان بمثله ، وهم على قلة وضعف آنذاك ، ثم ردوا الى سلطانهم فى
مظلهم ، بعد أن استقام أمرهم ، وقويت شوكتهم ، أم نزلت بالمدينة
بعد عمرة القضاء اقتصاصا للمؤمنين من المشركين ، جزاء ما لقوا عام
الحديبية ، أم أنها نزلت اذا للمؤمنين بقتال المشركين فى الحرم ، ان

(١) حاشية الشرينى على شرح البهجة ، بهامش البهجة - الشرينى

- المطبعة الميمنية بمصر (١٣١٨ هـ) ج ٥ ص ١١١

(٢) النحل : ١٢٦

(٣) القرطبى ج ٢ ص ٣٥٦ ، ٣٥٧

قاتلهم المشركون فيه^(١) ، فان حكمها باق لا يفسخ • وأنها عامة يستدل بعمومها على أصل مشروعية الدفاع الشرعى ولو كان سبب نزولها خاصا ؛ لأن العبرة بعموم اللفظ ، لا بخصوص السبب • كما أنه يتضح من قول القرطبى : « عموم متفق عليه » وقول العلماء : « وهذا عموم فى جميع الأشياء كلها » أن الآية تشمل بعمومها أحكاما لم يتناولها لفظها صراحة ومن ذلك رد العدوان دفاعا أثناء وقوعه واستمراره ، أو عند الخوف من وقوعه • لا بعد وقوعه وانقضائه • وأن عبارة القرطبى : « وأما بالمباشرة أن أمكن وأما بالحكام » تعنى الممارسة الفعلية لحق الدفاع الشرعى • وهى أن يباشر الشخص رد العدوان بنفسه عن نفسه ان كان فى وضع لا يمكنه من اللجوء الى السلطة العامة لتحصيه • وأخذنا بهذا العموم استدلل بها فقهاء الشافعية على أصل مشروعية الدفاع بقولهم : والأصل فى الباب قوله تعالى : ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ (٢) •

(ب) ومن الآيات التى استدلل بها بعض الفقهاء^(٣) على أصل مشروعية الدفاع الشرعى قوله تعالى : ﴿ من أجل ذلك كتبنا على بنى إسرائيل أنه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد فى الأرض فكانما قتل الناس جميعا ، ومن أحيأها فكانما أحيأ الناس جميعا ولقد جاءتهم رسلنا بالبينات ثم إن كثيرا منهم بعد ذلك فى الأرض لمسرفون ﴾ (٤) •

كان التوراة أول كتاب ينزل فيه منع القتل بغير حق وتحريمه • وكان بنو إسرائيل يعلمون ذلك ويتمادون فيه • فجاءت هذه الآية ،

(١) الطبرى ج ٣ ص ٥٨٠

(٢) اسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٦ ، ومغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٤ ، وانظر الحكم التخييري ص ٤٧٩ ، والتشريع الجنائى ج ١ ص ٤٧٣
(٣) استنبط الجصاص من الآية عدة أحكام ، منها حكم الدفاع الشرعى كما يتضح ذلك أثناء توجبها ، انظر العقوبة ص ٣٩٢ ، ٣٩٤
(٤) المائدة : ٣٢

والآيات التى قبلها ، ابتداء من قوله تعالى: ﴿ وائل عليهم نبا ابنى آدم بالحق ﴾ (١) تذكرهم بتحريم القتل بغير حق ، وسوء عاقبته ، وما يترتب عليه من فساد فى الأرض كبير . وأنه من أجل تماردهم واسرافهم فيه شدد الله عليهم العقاب ، فكتب عليهم : ﴿ انه من قتل نفسا بغير نفس او فساد فى الأرض فكانما قتل الناس جميعا ﴾ لأن النفس البشرية الواحدة تمثل النوع البشرى فى جملته ، وقاتلها المستحل لدمها مستحل دم كل نفس (٢) . ومعتد على الحق فى الحياة المقدسة وهو حق ثابت لكل الناس بقدر واحد ، فمن يعتدى على النفس الواحدة فكأنما يعتدى على الناس جميعا (٣) فهو مبيح لحرمة نفسه بعدوانه .

وقد يتضح من سياق الآية أنها موجهة الى بنى اسرائيل ، وأذن الحكم الوارد فيها قاصر عليهم لا يتعداهم الى غيرهم ، لكن الواضح من آراء المفسرين أن حكم تحريم القتل ومنعه الوارد بالآية ، يتناول بنى اسرائيل والأمة الاسلامية معا . فهى كما جاءت تبين منعه وتحريمه لبنى اسرائيل جاءت كذلك تبين تحريمه وسوء عاقبته للأمة الاسلامية ، لأن حماية الأنفس من الاعتداء بالقتل ، من القواعد التى لا تخلو منها شريعة من الشرائع . وأذن شرع من قبلنا شرع لنا ، أعلمنا الله به وأمرنا باتباعه (٤) فيما لا يخالف شريعتنا ، وأن الضمير فى قوله تعالى : ﴿ وائل عليهم ﴾ عائد على الأمة الاسلامية : أى اقل يا محمد على قومك نبأ ابنى آدم (٥) .

(١) المائدة : ٢٧ - ٣١

(٢) روح المعانى ج ٦ ص ١١٧ ، والتفسير الحديث - دروزة - دار احياء الكتب العربية (١٣٨٢ هـ) مطبعة الحلبي ج ١١ ص ٨٣

(٣) العقوبة ص ٣٨٨

(٤) أحكام القرآن - ابن العربى - الطبعة الأولى (١٣٧٦ هـ) دار احياء الكتب العربية ، مطبعة الحلبي ج ٢ ص ٥٨٨ ، ٥٨٩ ، وانظر اصول الفقه - الخضرى ص ٣٩٢

(٥) روح المعانى ج ٦ ص ١١١

فكما كتب على بنى اسرائيل ﴿ انه من قتل نفسا بغير نفس او فساد في الارض فكانما قتل الناس جميعا ﴾ كتب كذلك على المسلمين يقول ابن جرير : « ﴿ من اجل ذلك ﴾ لنا كما هي لبنى اسرائيل » (١) . وعن سليمان بن علي الريمي قال : « قلت للحسن (٢) هذه الآية لنا يا ابا سعيد كما كانت لبنى اسرائيل ؟ فقال : اى والذي لا اله غيره ، كما كانت لبنى اسرائيل ، وما جعل دماء بنى اسرائيل أكرم على الله من دمائنا » (٣) .

فيتضح من ذلك أن حكم منع القتل بغير حق ، وتحريمه المتوجه على بنى اسرائيل بهذه الآية ، يتوجه على المسلمين كافة ، كما ظهر من اتجاه المفسرين (٤) .

وما دام حكم الآية متوجها الى المسلمين ، فوجه الدلالة فيها على مشروعية الدفاع الشرعى ، أن قوله تعالى : ﴿ ومن احياها ﴾ بمعنى من تسبب فى بقاء النفس بدفع العدوان عنها ، أو بنهى قاصد قتلها عن قتلها ، أو بانقاذها من سائر أسباب الهلاك ، من قتل أو حرق أو غرق ، أو الهلاك بأى وجه من الوجوه - كما يرى مجاهد (٥) - يقول الجصاص : « ويحتمل أن يريد باحيائها أن يقتل القاصد لقتل غيره ظلما ، فيكون محصيا لهذا المقصود بالقتل ، ويكون كمن أحيا الناس جميعا . لأن ذلك يردع القاصدين الى قتل غيرهم عن مثله ، فيكون فى ذلك حياة لسائر الناس من القاصدين للقتل ، والمقصودين به » (٦) .

فإن صورة العدوان الذى يبيح الدفاع تتجلى فى حالة وقوع الاعتداء واستمراره . وفى حالة الاعتداء الذى لم يقع فعلا ولكنه على

(١) الطبرى ج ٦ ص ٢٣٩

(٢) هو الحسن البصرى من علماء التابعين - انظر التفسير الحديث

ج ١١ ص ٨٣

(٣) ابن كثير ج ٢ ص ٤٧ (٤) ابن كثير ج ٢ ص ٤٧

(٥) أحكام القرآن - الجصاص ج ٢ ص ٤٩٢ ، وابن كثير ج ٢ ص ٤٧

وروح المعاني ج ٦ ص ١١٨

(٦) أحكام القرآن ج ٢ ص ٤٩٢ ، ٤٩٣

وشك أن يقع ، ان لم يقيم المعتدى عليه بدفعه قبل وقوعه ، أو يدفعه غيره عنه ، وهى ما أشار إليها الجصاص بقوله : « أن يقتل القاصد لقتل غيره ظلما ، فيكون محييا لهذا المقصود بالقتل » *

وقد استدلل الجصاص بهذه الآية على عدة أحكام بقوله : « فتضمنت هذه الآية ضروبا من الدلائل على الأحكام منها دلالتها على أن ... من قصد قتل مسلم ظلما فهو مستحق القتل^(١) » لأن قوله تعالى : ﴿ من قتل نفسا بغير نفس ﴾ كما دل على وجوب قتل النفس بالنفس ، فهو يدل على وجوب قتله اذا قصد قتل غيره ، اذ هو مقتول بنفس ارادة اتلافها^(٢) . *

وقد علق الأستاذ أبو زهرة على هذا الحكم بأنه هو الدفاع الشرعى^(٣) . *

ويلاحظ أن الجصاص قيد فى هذا الحكم اباحة قتل « المعتدى » القاصد لقتل غيره ظلما ، بما اذا كان « المعتدى عليه » المقصود بالقتل شخصا « مسلما » وعلل ذلك بقوله : « لأن قوله تعالى : ﴿ من قتل نفسا بغير نفس ﴾ كما دل على وجوب قتل النفس بالنفس ، فهو يدل على وجوب قتله ، اذا قصد قتل غيره » *

ثم أطلق الحكم الذى استنبطه من هذه الآية عن تقييد المقصود بـ « المسلم » بقوله : « والعاشر دلالة^(٤) أيضا على قتل من قصد قتل غيره ظلما^(٥) » ، فعبارة « غيره » عامة يدخل فى عمومها المقصود

(١) هو الحكم الرابع من الأحكام التى استنبطها من الآية .

(٢) أحكام القرآن ج ٢ ص ٤٩٢ ، ٤٩٣

(٣) العقوبة ص ٣٩٢ (هـ) وقد أورد آخر النص بقوله « اذ هو مقتول بنفس اراد اتلافها » باسقاط التاء المربوطة ولعل ورود التاء فى عبارة الجصاص خطأ مطبعى .

(٤) الضمير راجع الى قوله : « والتاسع دلالة قوله تعالى :

﴿ فكانما احيا الناس جميعا ﴾ » *

(٥) أحكام القرآن ج ٢ ص ٤٩٣

بالقتل سواء أكان مسلماً ، أو غير مسلم ، وتقييد المقصود بالقتل في الحكم الأول بالمسلم ، يعني علم اباحة الدفاع الذي يؤدي الى قتل المعتدى ان كان المقصود بالقتل غير مسلم . مع أن سياق الآية لم يميز النفس المسلمة عن غير المسلمة في حالة الدفاع عنها ، لأن عبارة « من قتل نفساً » وعبارة « ومن أحيها » عامة ومطلقة عن القيد ، فتدخل فيها النفس المسلمة وغير المسلمة ، وتتفق مع اطلاق الحكم الأخير . وفي رأينا أن تقييد الحكم الأول واطلاق الأخير لا يعني تعارضاً بين الحكمين المستنبطين من الآية ، وإنما يرجع ذلك الى موقف الفقهاء من حكم الدفاع عن النفس من حيث أنه واجب أو جائز في حق المدافع والمدفوع عنه . فمنهم من يرى أنه واجب ، ومنهم من يرى أنه جائز ، ان كان المعتدى عليه غير مسلم ، بأن كان ذمياً مثلاً . وأن الحنفية يرون أنه واجب كما هو واضح من تعليل العجصاص السالف . فان إيرادهم للقيد على الحكم الأول ينصرف الى بيان حكم الدفاع عن النفس من حيث أنه واجب وسنرى ذلك في مبحثه (١) .

وقد ورد من الأحاديث النبوية ما يوضح أحكام الدفاع الشرعي المختلفة ، وقد استدلل الفقهاء ببعضها على أصل مشروعيتها ، وبعضها على فروعه . ومما استدلوا به على أصل مشروعيتها :

(أ) ما أخرجه البخاري ، عن عبد الله بن عمرو رضى الله عنهما قال : سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول : « من قتل دون ماله فهو شهيد » (٢) .

(١) انظر ص ٦٤ - ٦٧

(٢) صحيح البخاري ج ٣ ص ١٦٩ ، يقول ابن بطال في شرح غريب الملهب : « أصل الشهادة الحضور ومنه الشهادة على الخصم ، وكان الشهداء أحضرت أنفسهم دار السلام وشاهدوا الجنة . وقيل : « شهيد » لأن الله تعالى وملائكته يشهدون له بالجنة . وقيل : سموا شهداء لأنهم يشهدون يوم القيامة مع النبي ﷺ على الأمم » . انظر النظم المستعذب شرح غريب الملهب ، بهامش الملهب - ابن بطال ج ٢ ص ٢٢٥

وفى رواية الترمذى عن عبد الله بن عمر يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد » •

وعن سعيد بن زيد قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « من قتل دون ماله فهو شهيد ، ومن قتل دون دينه فهو شهيد ، ومن قتل دمه فهو شهيد ، ومن قتل دون أهله فهو شهيد » (١) •

فإن الحديث برواياته المختلفة ، أباح للشخص أن يدفع كل عدوان يقع على دينه ، أو نفسه ، أو أهله ، أو ماله • وأن يقاتل المعتدين ، ولو أدى القتال الى هلاكهم • فإن قتل دون ذلك فهو فى زمرة الشهداء وإن قتل المعتدين فلا حساب عليه ولا عقاب ، لأنه لا يستقيم ديننا ، ولا عقلا ، أن يعد فى فعل واحد شهيدا إن قتل ، ومعاقبا إن قتل (٢) وهو دليل على أصل مشروعية الدفاع ، ومشتمل على كل فروعه التى يباح الدفاع عنها • ووجه الدلالة فيه أنه صلى الله عليه وسلم ، لما جعل المدافع شهيدا إذا قتل ، دل ذلك على أن له قتل وقتال المعتدين ، وقياسا على أن من قتله أهل الحرب لما كان شهيدا ، كان له القتل والقتال ، وعبرة الرمل فى ذلك : « ووجه الدلالة أنه لما جعله شهيدا ، دل على أن له القتل والقتال ، كما أن من قتله أهل الحرب لما كان شهيدا ، له القتل والقتال » (٣) •

يقول ابن العربى : « قد رخص بعض أهل العلم للرجل أن يقاتل

(١) صحيح الترمذى بشرح ابن العربى ج ٦ ص ١٩٠ ، ١٩١ ، ومسند الإمام أحمد - طبع دار المعارف بمصر (١٣٧٢ هـ) ج ١١ ص ٦٨٢٩ ، ٧٠١٤ ، ٦٩٥٦

(٢) قتل : الأولى بضم القاف وجر التاء ، والثانية بنصبها .

(٣) حاشية الرمل على اسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٦ ، وسبل السلام - الصغاني - الطبعة الثالثة (١٣٧٨ هـ) ، الحلبي ج ٤ ص ٤٠ ، ونهاية المحتاج ج ٨ ص ٢١

عن نفسه وماله ، وقال ابن المبارك : يقاتل عن ماله ولو درهمين^(١) .
ويقول : « المؤمن المسلم بإسلامه ، محترم في ذاته كلها ، دينا ودما
وأهلا ومالا ، لا يحل لأحد أن يعتدى عليه فيها ، فإذا أريد شيء من ذلك
منه ، جاز الدفع ، أو وجب عليه . فيه اختلاف بين العلماء بما يراد
منه ، من دم أو مال أو دين أو أهل »^(٢) .

وقد صدر البخاري الباب الذي يندرج تحته هذا الحديث
يقوله : « باب من قاتل دون ماله » . وانما أدخل البخاري هذا
التصدير (الترجمة) في هذه الأبواب ليبين أن للإنسان ، أن
يدافع عن نفسه وماله ولا شيء عليه ، فانه إذا كان شهيدا إذا قتل
في ذلك ، فلا قود عليه ولا دية إذا كان هو القاتل^(٣) .

ويستدل فقهاء الشافعية على دفع الصائل بهذا الحديث فيقولون:
« والأصل في الباب *** خير : « من قتل دون أهله فهو شهيد ، ومن قتل
دون ماله فهو شهيد »^(٤) .

وخلاصة ما أورده شراح الحديث والفقهاء ، أن الحديث ،
برواياته المختلفة ، دليل صريح على أصل مشروعية الدفاع عن النفس
والأهل^(٥) والمال .

(ب) كذلك استدل الفقهاء على أصل مشروعية الدفاع الشرعي ،
بما ورد في السنة من أحاديث في نصر المظلوم وإعاقته على دفع العدوان،

(١) انظر ص ١٣٠ - ١٣٣ من هذه الرسالة .

(٢) شرح ابن العربي عن صحيح الترمذي ج ٦ ص ١٨٩ - ١٩٠ ،
وانظر شرح النووي على صحيح مسلم - النووي - المطبعة المصرية ومكتبتها
(١٣٤٩ هـ) ج ٢ ص ١٦٥

(٣) فتح الباري ج ٦ ص ٤٩

(٤) شرح البهجة ج ٥ ص ١١١ ، وأسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٦

(٥) انظر ص ٨٧ من هذه الرسالة

سواء أكان عدوانا واقعا منه على نفسه بارتكاب المحرمات وإتيان
المظالم ، أم عدوانا واقعا منه على غيره •

فقد أخرج البخارى عن حميد ، عن أنس رضى الله عنه قال :
« قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « انصر أخاك ظالما أو مظلوما » ،
قالوا : يا رسول الله ، هذا ننصره مظلوما فكيف ننصره ظالما ؟ قال :
« تأخذ فوق يديه » (١) •

وفى رواية عن أنس : « فقال رجل : يا رسول الله ، أنصره اذا كان
مظلوما ، أفرأيت اذا كان ظالما كيف أنصره ؟ قال : « تحجزه — أو تمنعه
من الظلم فذلك نصره » (٢) •

وعن جابر مرفوعا : « أعن أخاك ظالما أو مظلوما » (٣) •

وقد أخرجه الترمذى عن أنس عن النبى صلى الله عليه وسلم
قال : « انصر أخاك ظالما أو مظلوما » ، قلنا : يا رسول الله ، نصرته
مظلوما فكيف أنصره ظالما ؟ قال : « تكفه عن الظلم فذاك نصره
إياه » (٤) •

فإن هذا الحديث مع اختلاف رواياته وصيغه متفق فى مؤداه ومعناه
وهو مناصرة المظلوم ، وإعانتته على رد العدوان ، عن نفسه وأهله
وماله ، ومناصرة الظالم بمنعه عن الاعتداء على نفسه بما يجلب اليها
الآثام ، وعقاب الله فى الآخرة ، والاقتصاص منها فى الدنيا ، ومناصرته
بمنعه عن الاعتداء على حق غيره فى الحياة • وما يتصل بها من أهل
ومال •

(١) صحيح البخارى ج ٣ ص ١٥٩ ، ١٦٠

(٢) صحيح البخارى ج ٩ ص ٢٨ ، ٢٩

(٣) فتح البارى ج ٦ ص ٢٣ وهى الصيغة التى صدر بها
البخارى الباب •

(٤) صحيح الترمذى بشرح ابن العربى ج ٩ ص ١١٣

وقد سمي رسول الله صلى الله عليه وسلم ، المعتدى « ظالما »
وأمر بمنعه عن الظلم ، بالقول أو الفعل ، لأنه بعدوانته يظلم نفسه
وغيره ، وفي كفه وردعه عن الظلم قصر له وإعاقة .

قال ابن بطلال : « النصر عند العرب الإعاقة » ، وقد فسر صلى الله
عليه وسلم ، أن نصر الظالم منعه عن الظلم لأنك إذا تركته على ظلمه ،
أداه ذلك إلى أن يقتص منه ، فمنحك له من وجوب القصاص عليه ،
نصرة له » (١) .

وقال البيهقي : « أن الظالم مظلوم في نفسه ، فيدخل فيه ردع
المبرء عن ظلمه لنفسه حسا ومعنى ، فلو رأى انسانا يريد أن يجب
نفسه ، لظنه أن ذلك يزيل مقسدة طلبه للزنا ، منعه من ذلك ، كان
ذلك نصرا له ، واتحد في هذه الصورة الظالم والمظلوم » (٢) .

وقد سمي رسول الله صلى الله عليه وسلم ، المعتدى عليه « مظلوما »
لأن الاعتداء على الشخص في عقيدته ، وفي حقه في الحياة المقدسة ،
وفي أهله وماله ، وفي كل تلك الحقوق ، التي جاءت الشريعة لحمايتها
وصيانتها ، لأشد الظلم . وقد أمر صلى الله عليه وسلم بمناصرة
المعتدى عليه وإعاقته على رد الظلم ، ودفع كل عدوان سيقع عليه ، سواء
أكاين عدوانا مستمر الوقوع أو على وشك أن يقع .
يقول ابن حجر : « ويقع النصر مع وقوع الظلم وهو حينئذ
حقيقة . وقد يقع قبيل وقوعه ، كمن أقعد انسانا من يد انسان طالبه
بمال ظلما وهدده أن لم يبذله » (٣) .

(١) ارشاد الساري لشرح صحيح البخاري - القسطلاني - الطبعة
السادسة (١٣٠٤ هـ) المطبعة الأميرية الكبرى ج ٤ ص ٢٥٦ ، وفتح
الباري ج ٦ ص ٢٣

(٢) عمدة القاري لشرح صحيح البخاري - العيني - الطبعة الأولى
(١٣٠٨ هـ) دار الطباعة العامرة ج ٦ ص ١٠٩ ، وانظر فتح الباري
ج ٦ ص ٢٤

(٣) فتح الباري ج ٦ ص ٢٤

وقد ذهب العلماء الى أن نصر المظلوم فرض كفاية - ويكون بالقول
أو الفصل - وهو عام في المظلومين ، وكذلك في الناصرين ، بناء على
أن فرض الكفاية ، مخاطب به الجميع ، وهو الراجح . ويتعين على من
له القدرة عليه وحده ، ويتعين على السلطان كما ذكر القسطلاني^(١) .

ويستفاد من عموم الحديث : « انصر أخاك » بإطلاق الأخوة ، التي
تعني أخوة المسلم لأخيه المسلم ، وأخوة الانسان لأخيه في الانسانية ،
أنه دليل على أصل مشروعية دفاع الشخص عن غيره ، ورد العدوان عنه ،
مثلاً هو مشروع للشخص عن نفسه . فمن حق الانسان على أخيه
الانسان أن : « يذب عنه الظالم ويقاتل دونه ولا يخذله ، فان قاتل دون
المظلوم فلا قود عليه ولا قصاص »^{(٢) (٣)} .

قال ابن حجر : « والمتوجه قول ابن بطلال : أن القادر على تخلص
المظلوم توجه عليه دفع الظلم بكل ما يمكنه ، فاذا دافع عنه لا يقصد
قتل الظالم ، وإنما يقصد دفعه » فلو أتى الدفع على الظالم كان دمه
هدراً ، وحينئذ لا فرق بين دفعه عن نفسه أو غيره »^(٤) .

وقد استدل الفقهاء بعموم هذا الحديث على مشروعية الدفاع وهو
كما أسلفنا دليل يعطى الشخص حقاً في دفع الظلم والعدوان عن غيره
مثلاً يدفعه عن نفسه . يقول شارح الروض : « والأصل في الباب ...
خير البخاري : « انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً » ، والصائل ظالم فيمنع
من ظلمه لأن ذلك نصره »^(٥) .

(١) عمدة القاري ج ٦ ص ١١٠ ، قال العيني : « قال العلماء : نصر
المظلوم فرض واجب على المؤمنين على الكفاية » . وانظر ارشاد الساري
ج ٤ ص ٢٥٦ ، وفتح الباري ج ٦ ص ٢٤
(٢) قال الداودي : « اراد لا دية ولا قصاص » فتح الباري ج ١٥
ص ٣٥٥

(٣) صحيح البخاري ج ٩ ص ٢٨

(٤) فتح الباري ج ١٥ ص ٣٥٦

(٥) استئى الطالب ج ٤ ص ١٦٦ ، ومغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٤

وهناك من الأحاديث ما يدل على مشروعية الدفاع الشرعى^(١)
سكتنا عن ذكرها لأنها سترد مستدلاً بها أثناء البحث .

• الوقائع العملية :

ومن الوقائع التطبيقية العملية ، التى تدل على مشروعية الدفاع
الشرعى قضاء سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه :

« فقد روى أنه كان يوماً يتغذى اذ جاءه رجل يعدو ، وفى يده
سيف ملطخ بالدم ، ورائه قوم يعدون خلفه ، فجاء حتى جلس مع عمر ،
فجاء الآخرون فقالوا : يا أمير المؤمنين ، ان هذا قتل صاحبنا . فقال له
عمر : ما يقولون ؟ فقال : يا أمير المؤمنين ، انى ضربت فخذى امرأتى ، فان كان
بينهما أحد فقد قتلته . فقال عمر : ما يقول ؟ قالوا : يا أمير المؤمنين ،
انه ضرب بالسيف فوق فى وسط الرجل وفخذى المرأة قطعه باثنين ،
فأخذ عمر سيفه فهزه ثم دفعه اليه وقال : ان عادوا فعد »^(٢) .

وقد أورد الامام أحمد حديثاً يرويه الزهرى ، وهو : « أن رجلاً
أضاف فاساً من هذيل ، فأراد امرأة على نفسها ، فرمته بحجر فقتلته .
فقال عمر : والله لا يودى أبداً »^(٣) .

وروى عن الزبير : « أنه كان يوماً قد تخلف عن الجيش ومعه
جارية له ، فأماه رجلان ، فقالا : أعطنا شيئاً ، فألقى اليهما طعاماً كان
معه ، فقالا : خل عن الجارية . فصرىهما بسيفه فقطعهما بضربة
واحدة »^(٤) .

(١) النشريع الجنائى ج ١ ص ٤٧٣

(٢) المغنى - ابن قدامة - طبعة (١٩٧٢ م) دار الكتاب العربى -

بيروت ج ٩ ص ٣٣٦ ، ج ١٠ ص ٣٥٣

(٣) المغنى ج ١٠ ص ٣٥٢ ، وكشاف الفناع - البهوتى - مكتبة

النصر الحديثة - الرياض ج ٦ ص ١٥٦

(٤) المغنى ج ٩ ص ٣٣٧ ، وانظر فقه السنة - سيد سبأقى -

الطبعة الثانية (١٣٩٢ هـ) دار الكتاب العربى - بيروت ج ٢ ص ٥٧٩

وقد روى عن عمر رضى الله عنه : « أن لصا دخل داره فقام إليه بالسيف ، فلولوا أنهم ردوه عنه لضربه بالسيف » (١) .

وقد روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص : « أن مناوية — أو بعض الولاة — بعث الى الوهط (٢) ليقبضه ، فلبس عبد الله بن عمرو السلاح وجمع من أطاعه وجلس على بابهِ . فقليل له : أنفاقل ؟ فقال : وما يمنعنى أن أقاتل ؟ وقد سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « من قتل دون ماله فهو شهيد » (٣) .

ففى الوقائع الأولى ، قام المعتدى عليهم برد العدوان ردا فعليا وقضى عمر رضى الله عنه باهدار دم المعتدين فيما عرض عليه . وفى الواقعتين الأخيرتين تأهب المقصودان بالاعتداء ، لرده بالسلاح . ولو لم يكن الدفاع مشروعاً لما هم الصحابيَّان الجليلان برد المعتدين بالسلاح ، وهما يعلمان حدود الشريعة ، وما يترتب على استعمال السلاح ونتائجه من قصاص أو دية .

● أصل مشروعية الدفاع الشرعى :

كذلك أقرت الشرائع الوضعية مبدأ الدفاع الشرعى فأباحته للشخص أن يدفع العدوان عن نفسه ، وعن ماله ، وعن غيره عندما لا تتوفر له حماية الدولة ولم ترتب على فعله أية مسئولية جنائية كانت أو مدنية ، ولو أتى فعلاً ينطبق عليه وصف الجريمة فى ظاهره (٤) . وقد أرسى المشرع السودانى أساس مشروعية الدفاع الشرعى ، وقواعده والقيود والشروط ، التى تحدد نطاقه ، فى المواد (٥٥ — ٦٣)

(١) مختصر الفتاوى المصرية — ابن تيمية — مطبعة السنة المحمدية

(٢) (١٣٦٨ هـ) ص ٤٦٦

(٣) الوهط مال كان لعبد الله بن عمرو بن العاص بالطائف — انظر الأم

٦ ص ٢٦ (هـ) ، الوهط بفتح فسكون .

(٤) الأم ج ٦ ص ٢٦ ، وانظر فتح البارى ج ٦ ص ٤٨

(٤) شرح الأحكام العامة — محمود إبراهيم ص ٤٦٦ بند ٢٧٥

من قانون العقوبات لعام ١٩٧٤ • تقول المادة رقم (٥٥) من قانون العقوبات : « لا جريمة في فعل يقع عند استعمال حق الدفاع الشرعي استعمالا مشروعاً » •

فقد جعل المشرع الدفاع حقاً مشروعاً للمعتدى عليه ، وعبر عنه بأنه حق في جميع المواد المذكورة « حق الدفاع الشرعي » • ونفى عن فعل الدفاع صفة الجريمة ، فجعله فعلاً مباحاً ، لا تقترب عليه أية مسئولية جنائية أو مدنية^(١) • وهو الهدف الذي رمى إليه بجعل الدفاع حقاً بنص القانون • ولا يمكن أن يعطى القانون حقاً ويعاقب على استعماله فيناقض نفسه بنفسه • ولا جدال في أن تكامل واتساق قواعد القانون لا يقبل التناقض • وهو حق مؤسس على مبادئ :

الأول : أن سلطات الأمن في الدولة ليست موجودة في كل مكان ، وعلى الإنسان أن يحمي نفسه إذا انعدمت حمايتها •

الثاني : المبدأ الكنسي الذي مقتضاه ، أن أول واجب على الإنسان ، هو أن يساعد نفسه بنفسه^(٢) •

يقول بنتام في ذلك : « ان حق الدفاع حق ضروري للغاية ، إذ أن حرص القضاة ، لا يمكن أن يقوم مقام حرص الأفراد على حقوق أنفسهم ، وإن الخوف من القانون لا يمكن أن يردع - بفعالية - الشرار من الناس ، كما يردعهم الخوف من دفاع الأفراد عن أنفسهم • ومن يعمل على الحرمان من هذا الحق ، يكون قد مكن الأشرار من شرورهم »^(٣) •

(١) معلقاً عليه ص ٧٧

(٢) القانون الجنائي ص ٦٤٤

Ratanlal , The Law of crimes, 20th ed (1961) Bombay, (٣)
P. 195. Bentham said : This right of defence is absolutely necessary. The vigilance of magistrates can never make up for the

وفي قضية حكومة السودان - ضد : طه هرون (١٩٧١ م) •
يقول القاضى عتيق : « ولما كان هذا الحق ، مبنيا على المبدأ
الذى يلزم الشخص بمساعدة نفسه ، فلا يتطلب منه أن ينتظر مكتوف
اليدين ، الى أن يصاب بالأذى » بل عليه أن يبادر بدرء الخطر قبل
وقوعه ، وكما لا يلزمه باختيار نوع السلاح المناسب ، أو أن يكيل
الضربة بضربة ، بل عليه أن يقضى على خصمه ، قبل أن يقضى الأخير
عليه » (١) •

وقد ذهب بعض الشراح ، الى أن الدفاع حق يقره القانون
الطبيعى ، فهو حق طبيعى للأفراد فى حماية أنفسهم ، أملتة عليهم
الغريزة الفطرية فى حب البقاء ، وحمته الطبيعة بقانونها • فأساس
مشروعيته قائم على قانون الطبيعة • ويؤخذ على هذا الرأى أنه إن سلق
فى صورة الدفاع عن النفس ، لا يصدق أساسا للدفاع عن المال ،
لأن حق الملكية ليس حقا طبيعيا للانسان كحق المحافظة على الحياة (٢) •

vigilance of each individual on his own behalf . The fear of the
Law can never restrain bad men so effectually as the fear of
the sum total of individual resistance. Take away this right and
you become in so doing the accomplice of all bad men ».

ترجمة المؤلف ، وانظر القانون الجنائى ص ٦٤٤

(١) المجلة القضائية (١٩٧١ م) ص ٢

(٢) شرح الأحكام العامة - محمود ابراهيم - ص ٦٥ بند ٢٧٤ ،

ص ١٠ بند ٨ ، وانظر :

C. V. Menon, Law of Private defence second ed, (1964)

Allhabad p. 2.

ومبادئ القسم العام - رؤوف عبيد - ص ٤٤٣ من التشريع القضائى

المصرى •

وقد أسنده بعض الشراح الى نظرية العقد الاجتماعى ، فان الإنسان بنظرته كلف بحب ذاته ، ومدفوع بفطرته الى حماية نفسه ، من كل نازلة نحل به . وعندما انخرط فى سلك الجماعة المنظمة ، تخلى عن حقه فى الدفاع عن نفسه ، وخضع لحماية سلطات الدولة . فإذا حل به الخطر وعجزت الدولة عن حمايته ، عاد سيرته الأولى ، وكان لكل فرد أن يتولى الدفاع عن نفسه بنفسه ، ولم تكن هذه النظرية محل اتفاق ، لما اعترافها من نقد ، أهمه افتقارها الى الدليل التاريخى على قيام مثل هذا العقد (١) .

وذهب بعض الشراح الى أن حق الإنسان فى حماية نفسه هو الأصل - وأن حق الدولة فى العقاب ليس الا ثانويا بالنسبة له يكمله اذا ثبت عدم كفايته . ويمنع من التغالى فيه (٢) .

ومن الشراح من يرى ، أن أساس الدفاع الشرعى ، يقوم على الموازنة بين مصالح الأفراد المتعارضة ، فإذا تعارضت مصلحتان ، ولزم من ابقاء احدهما اهدار الأخرى ، فان المصلحة العامة تستلزم اهدار المصلحة الأقل قيمة . وفى موقف الدفاع الشرعى فإن مصلحة المعتدى عليه أقوى وأكبر قيمة من مصلحة المعتدى . لأن الاعتداء فى ذاته مضاعف لحق المعتدى أمام حق المعتدى عليه (٣) . وبالتالي فمصلحة المعتدى عليه أولى بالرعاية ، وأجدر بالحماية .

(١) شرح الأحكام العامة - محمود إبراهيم ص ٤٦٥ بند ٢٧٤ ، ومبادئ القسم العام - رؤوف عبيد ص ٤٤٣ ، وشرح قانون العقوبات - مرسى والسعيد ج ١ ص ٤٣١

(٢) شرح قانون العقوبات - مرسى والسعيد - مطبعة فتح الله الياس بمصر (١٩٣٩ م) ج ١ ص ٤٣١

(٣) شرح قانون العقوبات - مرسى والسعيد ج ١ ص ٤٣١ ، وشرح قانون العقوبات - محمود مصطفى - الطبعة الثانية (١٩٦٩ م) دار النهضة العربية ص ٢٠٦ بند ١٤٣ ، ومبادئ القسم العام - رؤوف عبيد - ص ٤٤٤ ، وأصول قانون العقوبات - أحمد سرور - دار النهضة العربية (١٩٧٢ م) ص ٢٥٢ بند ١٣٤

وأسنده بعض التراح الى حالة الضرورة والاكرام . لأن من يكون في موقف الدفاع الشرعى يفقد حرته في الاختيار ، ولم يبق عنده الا غريزة حب البقاء ، التى يفوق سلطان القانون . وعلى هذا الرأى فالدفاع الشرعى مانع من موانع المسؤولية . ولم يوفق أصحاب هذا الرأى ، لأنه لا يشترط في الاعتداء في حالة الدفاع الشرعى أن يصل في قوته الى الحد الذى يفقد فيه الشخص حرية اختياره . بل يجوز الدفاع ضد أى اعتداء ، وإن لم يهدد حياة المعتدى عليه . كما أن الدفاع جائز عن المال وعن الغير ، ولا ضرورة ولا اكرام في هاتين الحالتين . وإذا سلم بهذا الرأى ، لا يكون الدفاع الا ازاء خطر الموت أو خطر أذى جسيم على النفس . ولا يتصور ذلك في الدفاع عن المال وعن الغير ، كما أن من يرد الاعتداء كامل الاختيار وليس في حالة ضرورة ، وإنما يستعمل حقا مقررًا بمقتضى القانون (١) .

ويرى البعض أن الدفاع ما هو الا تأكيد لاحترام القانون وفي هذا المعنى يقول الفيلسوف الألماني هيغل : « ان عدوان فرد على فرد نفى لسلطان القانون » ودفع هذا العدوان بالعدوان ، نفى لهذا النفى ، فهو بالتالى اثبات لسلطان القانون » (٢) .

ومن الشراح من يعتبر الدفاع الشرعى تفويضًا قانونيًا باستعمال سلطة الضبطية الادارية في منع الجرائم . ويجب على هذا الرأى بأن الدفاع رخصة للمدافع ، أما مأمور الضبطية فهو مكلف بمنع الجريمة ، كما أن الدفاع قد يجيز للمدافع أفعالًا لا تباح لممثل السلطة ، وهو يؤدى أعمال وظيفته .

(١) مبادئ القسم العام - رؤوف عبيد ص ٤٤٣ ، واصول قانون العقوبات - أحمد سرور ص ٢٥١ بند ١٣٤ ، وشرح الأحكام العامة - محمود إبراهيم ص ٤٦٥ ، ٤٦٦ بند ٢٧٤ ، وشرح قانون العقوبات - مرسى والسعيد ج ١ ص ٤٣١ ، والقانون الجنائى ص ٥٩٢
(٢) مبادئ القسم العام - رؤوف عبيد - ٤٤٣ ، ٤٤٤ ، واصول قانون العقوبات - أحمد سرور - ص ٢٥٢ بند ١٣٤

ويرى البعض أنه ترخيص من القانون للمدافع برد الاعتداء ، لأن
الرخصة لا يقابلها التزام .

ويرى البعض أن أساسه يرجع الى أداء الواجب ، ولا يعنون
بذلك أنه واجب قانوني ، اذ لا يترتب على عدم الوفاء به جزاء ، وإنما
هو واجب اجتماعي يفرضه الحرص على صيانة الحقوق ذات الأهمية
الاجتماعية .

ويرى بعض الشراح أن أساس اباحة الدفاع الشرعي هو مقابلة
الشر بالشر ايجابا لحكم العدالة المطلقة .

ويؤخذ على هذا الرأي ، أن الاعتداء ان كان شرا وجريمة ،
فليس دفع الشر شرا وجريمة . بل حق أقره القانون للمعتدى عليه ،
ينتفع باستعماله في صيانة نفسه ، والمحافظة على ماله ، ولا يلحق
من ذلك شر (١) .

ومهما اختلفت وجهات نظر الشراح في الأساس الذي يقوم عليه
حق الدفاع الشرعي ، سواء أكان مبنيًا على اعتبارات موضوعية ترجع
الى الظروف التي تحيط بالفعل المرتكب في موقف الدفاع ، فتمحو
عنه صفة الجريمة وتجعله مباحا لا تترتب عليه أية مسؤولية ،
أو كانت راجعة الى شخص الفاعل ، باعتبارها ظروفًا خاصة تجعله
مغذورا وترفع عنه العقوبة مع بقاء الفعل على أصله من التجريم بدون
اباحة ، فإن المشرع السوداني فيما يتعلق باتجاهه هو حسم موقفه من تلك
الخلافات . وجعل الدفاع الشرعي « حقا » للمعتدى عليه وهو حق
مبيح للفعل في ذاته ، فلم يرتب على ارتكابه أية مسؤولية ، باعتبار

(١) شرح قانون العقوبات - محمود مصطفى - ص ٢٠٥ ، ٢٠٦ بند
١٤٢ ، والنظرية العامة للقانون الجنائي - رمسيس - ص ٣٧٨ بند ٤٩ ،
وشرح قانون العقوبات - حسني - ص ٢٩٩ و ٢٠٠ بند ١٥٩ ، ص ٢٠١
بند ١٩٧ ، وشرح الاحكام العامة - محمود ابراهيم - ص ٤٦٥ بند ٢٧٤
وانظر الحكم التخييري ص ٤٧٥

أن من يقف موقف الدفاع إنما يستعمل حقاً يبيح القانون القيام به .
وهو اعتبار موضوعي يرجع الى الظروف المحيطة بالفعل ، وليس اعتباراً
شخصياً يرجع الى ذات الشخص ، فالدفاع اذن سبب من أسباب الاباحة
ومن يستعمل حقه فيه يأتي فعلاً مباحاً طبقاً للمبدأ المقرر في المادة
رقم (٥٥) من قانون العقوبات على اعتبار أنه يأتي فعلاً أقره القانون .

وخلاصة ما ذهب اليه المشرع السوداني أنه أسس الدفاع الشرعي
على أنه حق يبيح الدفاع عن النفس والمال وعن نفس ومال الغير . وهو
حق مشروع بمقتضى القانون ، يبيح أصل الفعل فيمحو عنه صفة
الجريمة ، ويرفع عن فاعله المسئوليتين الجنائية والمدنية . وفي هذا
الاتجاه تلتقى الشريعة الاسلامية والقانون . فكل منهما يقر أصل
ومبدأ مشروعية الدفاع الشرعي عن النفس والمال وعن نفس ومال
الآخرين . وكل منهما يجعله حقاً مشروعاً للمعتدى عليه ، ولا يوجب على
من يقوم به أية مسئولية ، لأنه يأتي فعلاً مباحاً ، بمقتضى الآيات
القرآنية ، والسنة النبوية ، القولية والعملية . وبمقتضى النصوص
القانونية .

الفصل الثالث

نطاقه مباشرة الدفاع السري

- حكم الدفاع عن النفس .
- حكم الدفاع عن سلامة الجسم والأطراف .
- الدفاع عن حرمة المسكن والستر .
- الدفاع عن المال .
- الدفاع عن الغير .

نطاق مباشرة الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى

● مدخل :

فى الفقه الجنائى الاسلامى ، ينحصر نطاق مباشرة الدفاع الشرعى ، فى دفع العدوان عن النفس أو العرض أو المال • وفى رد العدوان الواقع على الغير فى كل ذلك • وهو ما يعبر عنه شراح القانون ، بالجرائم التى تبيح الدفاع^(١) • وقد بين الفقهاء حكم الدفاع بالنسبة لكل حالة يقع فيها الاعتداء ، سواء أكان واقعا على النفس أو العرض أو المال ويصفون الدفاع بالنسبة لهذه الحالات ، تارة بأنه واجب ، وتارة أخرى بأنه جائز • وسنعالج هذه الحالات فى مباحث هى : مبحث الدفاع عن النفس ، والدفاع عن العرض ، والدفاع عن حرمة السكن ، والدفاع عن المال ، والدفاع عن الغير •

* * *

(١) القانون الجنائى من ٦٤٥ - ٦٤٧ ، وشرح قانون العقوبات ،
القسم العام - محمود مصطفى - ص ٢١٨ بند ١٥٣

المبحث الأول

حكم الدفاع عن النفس (١)

من المتفق عليه بين الفقهاء : إباحة الدفاع في مواجهة كل عدوان ، ليحى المرء نفسه وعرضه وماله . ومع اتفاقهم على إباحته عن النفس فقد اختلفوا في خضوعه للأحكام الشرعية من حيث الوجوب ، أو الجواز . فهل الدفاع عن النفس واجب^(٢) يتحتم على المعتدى عليه القيام به وعدم التخلي عنه رغم ما يلحق المعتدى من أذى أو تلف ؟ أم أنه جائز والمعتدى عليه بالخيار بين مباترة رد العدوان عن نفسه ، أو التخلي عنه ، ومقابلة المعتدى بالاستسلام له وتركه يفعل به ما يشاء ؟ ولكي نقف على تكييفه الصحيح من حيث الوجوب ، أو الجواز ، لا بد أن نستعرض آراء الفقهاء فيه .

● الحنفية :

يرى الحنفية أن الدفاع عن النفس « واجب » سواء أكان المعتدى عليه واحدا أو جماعة . ويستفاد الوجوب من عباراتهم « فله » و « عليهم » و « حق » يقول المرغيناني : « فله قتله » وقوله : فعلهم . وقول محمد رحمه الله في الجامع الصغير : فحق على المسلمين أن يقتلوه : إشارة إلى الوجوب . والمعنى وجوب دفع الضرر^(٣) .

(١) تطلق النفس في اللغة على جملة الشيء وحقيقته وذاته ، ويعبر بها عن ذات الإنسان . نقول : قتل فلان نفسه ، وأهلك نفسه ، أى أوقع الهلاك بذاته كلها . وتطلق على الدم وعلى الروح . كما تطلق على الجسد وعلى الأخ (لسان العرب) .

(٢) انظر ص ٧٨ من هذه الرسالة .

(٣) الهداية ج ٤ ص ١٢١

وليس المراد بقوله : « أَنَّهُ يَقتُلُوهُ » عين القتل ، وإنما المراد دفع الضرر على أى وجه (١) . إلا إذا تعين قتل المعتدى طريقا إلى الخلاص منه ، ولم يكن ممكنا اللجوء إلى غيره من وسائل الدفاع المشروعة ، فمن حق المعتدى عليه عندئذ قتل المعتدى ولا يلزمه فى ذلك أية مسئولية ، جنائية أو مدنية (٢) . ويستدلون لذلك بالمنقول والمعقول .

— الدليل النقلى :

فمن المنقول قوله تعالى : « وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ » (٣) .

يقول الجصاص : « والذي يدل على أَنَّهُ الواجب على من قصده إنسان بالقتل ، أَنَّهُ عليه قتله إن أمكنه ، وأنه لا يسعه ترك قتله مع الامكان قوله تعالى : « وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا » الآية . فأمر الله بقتال الفئة الباغية ولا يبغي أشهد من قصد إنسان بالقتل بغير استحقاق . فاقترضت الآية قتل من قصد قتل غيره بغير حق » (٤) .

(١) شرح الهداية على الهداية بهامش فتح القدير — البابرى — الطبعة الأولى (١٣١٨ هـ) المطبعة الأميرية ج ٨ ص ٢٢٩ ، ورد المختار ج ٦ ص ٥٤٥ .

(٢) الهداية ج ٤ ص ١٢١ وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق — الوطى — الطبعة الأولى (١٣١٥ هـ) المطبعة الأميرية ج ٦ ص ١١٠ وتكملة البحر الرائق ، مع البحر الزائق — الطورى — الطبعة الثانية (١٣١١ هـ) المطبعة العلمية ج ٨ ص ٣٤٤ .

(٣) الفجرات : ٩ . (٤) الفجرات : ٩ .

وقوله عليه الصلاة والسلام : « من شهر على المسلمين سيفاً^(١) فقد أطل دمه »^(٢) وذلك لأنه لما شهر عليهم السيف وقصد قتلهم صار حرباً عليهم ، فكان كالباغى بطلت عصمته للمحاربة^(٣) .
وعن أبي هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من شهر سيفه ثم وضعه^(٤) قدمه هدر »^(٥) .

وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم فى أخبار مستفيضة قوله : « من قتل دون نفسه فهو شهيد . ومن قتل دون أهله فهو شهيد ، ومن قتل دون ماله فهو شهيد » . فقد أخير صلى الله عليه وسلم أنه الدافع عن نفسه وأهله وماله شهيد إذا قتل فى سبيل ذلك . لا يقتل إلا إذا قاتل

(١) يتبادر الى الذهن من سياق الحديث . أن المراد الاستدلال به على البغاة الذين يخرجون على الامام وهم اهل شوكة وتأويل ، ولكن استدل به الأحناف على وجوب قتل المعتدى فى الحالة التى يكون شأها السلاح فيها على غيره ولم يمكن دفعه بما دون القتل وهو من باب دفع الصائل الذى لا يمكن دفع ضرره الا بقتله . انظر رد المحتار والدر المختار ج ٦ ص ٥٤٥ ، ٥٤٦

(٢) نصب الرأية - الزيلعى - الطبعة الثانية (١٩٧٣ م) المكتبة الإسلامية ج ٤ ص ٣٤٧

(٣) حاشية الشلبى على تبين الحقائق - الشلبى ج ٦ ص ١١٠ ، والهداية ج ٤ ص ١٢١ ، وتبيين الحقائق ج ٦ ص ١١٠

(٤) معنى وضعه : ضرب به ، وأخرجه من غمده للقتال ، انظر التعليق على سنن النسائى ج ٧ ص ١٠٨ ، وأحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٤٨٨
(٥) سنن النسائى - النسائى - الطبعة الاولى (١٣٨٣ هـ) مطبعة

الحلبى ج ٧ ص ١٠٨ وقد ورد هذا الحديث بلفظ : « من شهر على المسلمين سيفاً فقد أطل دمه » وهو غريب بهذا اللفظ . وقد أخرجه النسائى عن طريق اسحق بن راهويه عن الفضل بن موسى الشيبانى عن معمر ابن طاوس عن ابن الزبير قال : قال رسول الله ﷺ : « من شهر سيفه ثم وضعه قدمه هدر » ثم أخرجه النسائى عن عبد الرزاق عن معمر مرفوعاً . وأخرجه الحاكم فى المستدرک عن وهيب عن معمر مرفوعاً وقال : « حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه » انظر نصب الرأية ج ٤ ص ٣٤٧ ، ٤٣٨

دونه ، ولا يكون شهيدا الا وهو مأثور بالقتل ان أمكنه . فقد تضمن ذلك إيجاب قتل المعتدى اذا قدر عليه^(١) .

ـ الدليل العقلي :

ومن المقول أن دفع الاعتداء من باب دفع الضرر ودفع الضرر واجب ، فيجب على المعتدى عليه قتل المعتدى ان لم يمكن دفعه الا بالقتل . وأن المعتدى باغ فتسقط عصمة دمه بغيره . ولأن القتل اذا تعين طريقا لدفع القتل عن نفسه فله قتل المعتدى^(٢) .



● المألكية :

ويعبر المألكية عن الدفاع عن النفس بالجواز قال خليل : « وجاز دفع صائل بعد الانذار للفاهم ، وان عن مال ، وقصد قتله ان علم أنه لا يندفع الا به »^(٣) .

ويقصدون بالجواز « الاذن » الذى يصلق بالوجوب ويصلق بالجواز الذى يستوى فيه الإقدام على الدفاع وتركه^(٤) . وقد ذهب الجمهور منهم الى القول بوجوب الدفاع عن النفس ، اذا خاف المعتدى عليه على نفسه ، أو عضوه هلاكا ، أو أذى شديدا ، فيجب عليه عندئذ دفع المعتدى عن نفسه ، ولو يقتله ان لم يندفع بما دون القتل ، والقول بالوجوب هو أصح القولين فى المذهب^(٥) . لأن حفظ

-
- (١) أحكام القرآن - الجصاص ج ٢ ص ١٨٨ ، ١٩٠ .
(٢) الهداية ج ٤ ص ١٢١ ، وتبيين الحقائق ج ٦ ص ١١٠ ، وتكملة البحر الرائق ج ٨ ص ٣٤٤ .
(٣) المختصر الجليل بشرح الخرشى - خليل - الطبعة الثانية (١٣٠٧ هـ) المطبعة الأميرية ج ٨ ص ١١٢ .
(٤) مواهب الجليل بشرح مختصر خليل - الخطاب - مطبعة السعادة (١٣٢٩ هـ) مكتبة النجاح - ليبيا ج ٦ ص ٣٢٣ ، وشرح الزرقانى على مختصر خليل - الزرقانى - الطبعة الثانية (١٣٠٣ هـ) المطبعة الأميرية ج ٨ ص ١١٨ .
(٥) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٣ ، وشرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٨ وحاشية العدوى على الخرشى - العدوى - ج ٨ ص ١١٢ ، وحاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣٥٧ .

النفس واجب في جميع شرائع الأنبياء ، ولا يمكن حفظها في هذه الحالة ، إلا بدفع الصائل وقصد قتله . إن لم يدفع إلا به (١) .

وقد ذهب إلى القول بجواز الدفاع ، بمعنى التسوية بين تركه والاقدام عليه ابن العربي والقرافي . فيرى الامام ابن العربي أن ترك الدفاع والصبر في زمن الفتنة أولى من الاقدام عليه ، ويقول في ذلك : « وأمره بيده إن تباه أن يسلم نفسه أسلمها ، وإن شاء أن يدفع عنها دفع ، ويختلف الحال ، فإن كان في زمن فتنة فالأفضل الصبر على البلاء ، وإن مقصودا وحده فالأمر سواء » (٢) .

ويقول القرافي : « إن الهاكت عن الدفع عن نفسه حتى يقبل لا يعد آثما ولا قاتلا لنفسه ولو لم يمنع عنها الصنائع من الآدميين لم يَأثم بذلك » (٣) .

● الشافعية :

ويرى الشافعية أن في الدفاع عن النفس وجهان ، أحدهما الوجوب والتأني الجواز . وذلك بالنظر إلى الوصف الذي يتميز به المعتدي عليه والمعتدى . فإن كان المعتدى عليه مسلما محترما (٤) والمعتدى مثله في هذه الصفة ، فعلى الوجه الأول - وهو رأى جمهورهم - أنه

(١) فتح المنعم شرح زاد المسلم ج ٣ ص ١٧٧.

(٢) شرح ابن العربي على صحيح الترمذى - ابن العربي - الطبعة الأولى (١٣٥٠ هـ) ج ٦ ص ١٩١ . وانظر مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٣ وقد نقل القرافي عن ابن العربي ما نصه : « قال القاضي أبو بكر : أعظم المدفوع عنه النفس وأمره بيده ، أن شاء أسلم نفسه أو دفع عنها . ويختلف الحال ، ففي زمن الفتنة الصبر أولى تقيلا لها ، أو هو يقصد وحده من غير فتنة عامة فالأمر في ذلك سواء » انظر الفروق ج ٤ ص ١٨٤ .

(٣) الفروق ج ٤ ص ١٨٣ .

(٤) المسلم المحترم هو المعصوم الدم ، وغير المحترم هو المهدد الدم . كالزاني المحصن وقاطع الطريق .

يجب على المعتدى عليه الدفاع عن نفسه . وعلى الوجه الثانى أنه يجوز له أن يترك الدفاع عنها ويستسلم للمعتدى .

وقد استدلل القائلون بالوجوب بالمنقول والمقول ، فمن المنقول قوله تعالى ﴿ وَلَا تَقْبَلُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ﴾ (١) . ومن المقول : أنه يجب عليه الدفاع كما يجب عليه صيانة نفسه بأكل ما يجده .

واستدل القائلون بجواز ترك الدفاع ، بعمل سيدنا عثمان رضى الله عنه يوم الدار . فعندما حاصره قاصدوه امتنع ومنع عبيده عن قتالهم ، وقال لعبيده : من ألقى سلاحه فهو حر (٢) ، وقد اشتهر عمله هذا بين الصحابة ولم ينكره عليه أحد . وفى عدم افكارهم اقرار له وهو اجماع . وأنه يجوز ترك الدفاع لأنه ينال الشهادة إذا قتل (٣) .

وإن كان المعتدى بهيمة أو مجنونا أو كافرا ولو معصوما ، أو مسلما مهتدرا للدم ، فيجمعون على وجوب دفعته عن النفس . ويعلمون ذلك بأن البهيمة تذبح لاستبقاء الأدمى فلا وجه للاستسلام لها . وأن المجنون لو قتل لم يبرأ بالاثم فأشبه البهيمة (٤) . وأن الكافر إن كان غير معصوم فلا حرمة له . وإن كان معصوما بطلت حرمة بصياله ، وأن الاستسلام له ذل فى الدين ، وأن المهترئين حكمهم حكم الكافر . وإن كان المعتدى مسلما ، والمعتدى عليه ذميا ، فيجوز الدفاع عنه لاحترامه (٥) يقول

(١) البقرة : ١٩٥

(٢) العواصم من القواصم - ابن العربى - طبعة (١٣٧١ هـ) مكتبة لجنة الشباب المسلم ، تحقيق محب الدين الخطيب ص ١٣٢ ، ١٣٤ هـ ، ١٤١ ، ١٤١ هـ .

(٣) المذهب ج ٢ ص ٢٢٦ ، ومغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٥ ، وشرح البهجة السمى : الفرر البهية فى شرح البهجة الوردية - زكريا الانصارى - المطبعة الميمنية (١٣١٨ هـ) ج ٥ ص ١١٢

(٤) شرح البهجة ج ٥ ص ١١٢

(٥) مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٤ ، ونهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٢٣ ، ٢٢٢ ، وتحفة المحتاج بهامش حاشية الشروانى - ابن حجر الهيتمى - الطبعة الاولى (١٣٠٥ هـ) ج ٧ ص ٦٥٥ .

الشريني : « وله دفع مسلم عن ذمي ووالد عن ولده وسيد عن عبده
لأنهم معصومان » (١) .

* *

● الحنابلة :

ويرى الحنابلة أنه للمعتدى عليه دفع كل معتد ، سواء أكان معتديا
على نفسه أو نسائه أو ماله . ويعللون ذلك بأن المعتدى عليه ، لو منع
من الدفاع لأدى المنع الى تلفه وأذاه في نفسه وحرمة . ولأنه لو لم
يجز ذلك « الدفاع » لتسلط الناس بعضهم على بعض ، وأدى الى
الهرج والمرج (٢) . ويرون أن حكم الدفاع عن النفس يختلف باختلاف
الظروف التي تحيط بالمعتدى عليه . ففي الظروف العادية يوجبون على
الشخص أن يدافع عن نفسه . ويستدلون لذلك بالمنقول والمعقول .
فمن المنقول قوله تعالى : ﴿ ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة ﴾ (٣) .
ومن المعقول : أن الشخص كما يحرم عليه قتل نفسه ، يحرم عليه أباحة
قتلها ، ولأنه قدر على احياء نفسه ، فوجب عليه فعل ما تبقى معه الحياة
كالمضطر اذا وجد الميتة (٤) .

أما في غير الظروف العادية - وهي زمن الفتنة (٥) - فيرون أن الدفاع
عن النفس ليس لازما ولا واجبا . يقول ابن قدامة : « فأما من أريدت
نفسه أو ماله فلا يجب عليه الدفع ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم

(١) مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٤

(٢) كشاف القناع ج ٦ ص ١٥٤

(٣) البقرة : ١٩٥

(٤) كشاف القناع ج ٦ ص ١٥٥ ، ونيل المآرب - الشيباني -

مطبعة محمد علي صبيح (١٣٧٤ هـ) ج ٢ ص ١٤٩ ، ١٥٠

(٥) الفتنة مثل أن يختلف سلطانان للمسلمين ، ويقتتلان على الملك

فيجربى الخلاف بين أن يدفع الشخص عن نفسه أو يستسلم . انظر

السياسة الشرعية - ابن تيمية ص ٨٨

فى الفتنة : « اجلس فى بيتك فان خفت أن يهرك شعاع السيف فغط وجهك » (١) .

ويقول البهوتى : « فان كان فى فتنة لم يلزمه النفع » (٢) . ويستفاد من هاتين العبارتين أنه جائز يستوى تركه والاقدام عليه ، لأنها نفعا عنه صفة الوجوب ، ولم تمنعنا من الاقدام عليه ، فيبقى مباحا يجوز فعله وتركه .

وقد استدلوا لذلك بقوله صلى الله عليه وسلم فى الفتنة : « اجلس فى بيتك ، فان خفت أن يهرك شعاع السيف فغط وجهك » وفى لفظ : « فكن عبد الله المقتول ولا تكن عبد الله القاتل » (٣) ، كما استدلوا بعمل سيدنا عثمان رضى الله عنه يوم الدار ، فقد ترك قتال مريديه مع قدرته على دفعهم عن نفسه ، ومنع عبيده عن قتالهم ، ولم ينكر منيعه أحد من الصحابة (٤) . ويرى ابن قدامة المقدسى ، أن الأولى ترك الدفاع عن النفس فى الفتنة (٥) .

وأما إن كان المعتدى بهيمة ، فيرون وجوب دفعها ولو أدى الى اتلافها ، ولا ضمان عليه ظيها لسقوط حرمتها بالوصول (٦) .

واذا قال بعض الفقهاء بوجوب الدفاع عن النفس ، وقال بعضهم

(١) المغنى ج ١٠ ص ٣٥٣ ، وانظر سنن ابن ماجه - ابن ماجه - دار احياء الكتب العربية ج ٢ ص ١٣٠٨ حديث رقم ٣٩٥٨ .

(٢) كشف القناع ج ٦ ص ١٥٥

(٣) كشف الخفاء ومزيل الالباس - العجلونى - الطبعة الثانية (١٣٥١ هـ) دار احياء التراث العربى - بيروت ج ٢ ص ١٣٤ ، وانظر سنن ابن ماجه ج ٢ ص ١٣٠٨ حديث رقم ٣٩٥٨ ، ومعنى الحديث : كف يدك عنه واستسلم . انظر فيض القدير ج ٤ ص ١١١

(٤) المغنى ج ١٠ ص ٣٥٣ ، وكشف القناع ج ٦ ص ١٥٥ ، وانظر ص ٧٥ ، ٧٦

(٥) الشرح الكبير مع المغنى - ابن قدامة المقدسى ج ١٠ ص ٣١٨

(٦) كشف القناع ج ٦ ص ١٥٥

الآخر بجوازه كما بينا ، فقد ذهب بعضهم الآخر لأكثر من ذلك ،
فمنهم من قال : بجواز الاستسلام للمعتدى ، ومنهم من قال : يسن
الاستسلام له • ويجدر أن نوضح رأيهم فيما يلي •



● الاستسلام للمعتدى :

لقد بينا فيما سبق آراء الفقهاء في حكم الدفاع عن النفس
من حيث الوجوب والجواز • وبقي أن نوضح رأى الذين ذهبوا لأكثر
من الجواز ، الذى يستوى فيه ترك الدفاع والاقدام عليه •

● المالكية :

فقد ذهب بعض المالكية - كالامام ابن العربى والقرافى - الى جواز
الاستسلام ، وترك الدفاع عن النفس فى وقت الفتنة ، ويريدون أن الصبر
فى الفتنة أولى • يقول ابن العربى : « وأمره بيده ، ان شاء أن يسلم
نفسه أسلمها » وان شاء أن يدفع عنها دفع • ويختلف الحال ، فإن كان
فى زمن فتنة فالأفضل الصبر على البلاء ، وان مقصودا وحده بالأمر
سواء » (١) •

ويقول القرافى : « ان الساكت عن الدفع عن نفسه حتى يقتل
لا يعد آمنا ولا قاتلا لنفسه » (٢) ويؤيد ما قاله يقول ابن العربى
المذكور • وقد استدلل على الاستسلام وترك الدفاع بقصة ابنى آدم
فى قوله تعالى : « واتل عليهم نبا ابنى آدم بالحق اذ قربا قربانا فتقبل
من احدهما ولم يتقبل من الآخر قال لاقتلنك قال انما يتقبل الله من
التقين • لئن بسطت الى يدك لتقتلنى ما انا بباسط يدى اليك لاقتلك »
انى أخاف الله رب العالمين • انى اريد ان تبوء بائى واثمك فتكون من

(١) شرح ابن العربى ، على صحيح الترمذى ج ٦ ص ١٩١ ، وانظر
مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٣
(٢) الفروق : ج ٤ ص ١٨٣

أصحاب النار ، وذلك جزاء الظالمين (١) . وبما في الصحيح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « كن عبد الله المقتول ولا تكن عبد الله القاتل » (٢) . ويستسلام سيدنا عثمان رضي الله عنه لقاصديه ، وامتناعه عن قتالهم .

وامتثال كذلك بدليل عقلي وهو : اذا تعارضت مفسدتان ، مفسدة ان يقتل المعتدى ، أو يمكنه من القتل ، والتمكين من المفسدة أخف مفسدة من مباشرة المفسدة نفسها . فاذا تعارضتا سقط اعتبار المفسدة الدنيا بدفع المفسدة العليا (٣) .



ـ الشافعية :

الوجه الثاني من آراء الشافعية أن ترك الدفاع عن النفس جائز ان كان المعتدى عليه مسلما محقون الدم (٤) . والمعتدى عليه كذلك (٥) . وقد ذهب الشرييني والرملي إلى أنه يسر الاستسلام للمعتدى المسلم (٦) .

وقد استدلل القائلون بالاستسلام بأدلة ثقيلة وعقلية ، فمن الأدلة الثقلية قوله تعالى : ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ (٧) ووجه الدلالة في الآية ، أن في قوله تعالى : ﴿ بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ إشارة إلى أن الاستسلام أفضل . ووجه الإشارة أن في تسمية

(١) المائدة : ٢٧ - ٢٩

(٢) كشف الخفاء ج ٢ ص ١٣٤

(٣) الفروق ج ٤ ص ١٨٤

(٤) المهذب ج ٢ ص ٢٢٦ ، وشرح البهجة ج ٥ ص ١١٢

(٥) تحفة المحتاج ج ٧ ص ٦٥٤

(٦) مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٥ ، ونهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٣

(٧) البقرة : ١٩٤

رد العدوان « اعتداء » اشارة الى أنه ينبغي تركه ، وتركه استسلام^(١)
 كما استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم : « كن خير ابنى آدم »^(٢) .
 ومما استدلوا به أيضا عمل سيدنا عثمان رضى الله عنه ، فقد امتنع
 ومنع عبيده عن الدفاع يوم الدار وقال : « من ألقى سلاحه فهو حر »^(٣)
 ومن المعقول أنه ينال الشهادة اذا قتل ، فجاز له ترك الدفع لذلك^(٤) .

● الحنابلة :

ومن الحنابلة يرى ابن قدامة المقدسى أن الأولى ترك الدفاع فى
 الفتنة^(٥) . ويستدل لذلك بقوله صلى الله عليه وسلم فى الفتنة :
 « اجلس فى بيتك فان خفت أن يبهرك شعاع السيف فغط وجهك » ،
 وفى لفظ : « كن عبد الله المقتول ولا تكن عبد الله القاتل »^(٦) .
 ولأن سيدنا عثمان رضى الله عنه ترك القتال مع امكانه مع ارادة
 نفسه^(٧) .

واذا نظرنا الى ما ذهب اليه بعض المالكية وبعض الحنابلة الذين
 يبنوا رأيهم فى الاستسلام وترك الدفاع عن النفس ، نجد أنهم يجعلون
 جواز ترك الدفاع حكما استثنائيا مرتبطا بزمن الفتنة خوفا من اتساع
 رقعتها . واذا كان كذلك فهم لا يختلفون مع القائلين بلزومه فى غير
 الفتنة .

- (١) نهاية المحتاج ، وحاشية الشبراوى على نهاية المحتاج
 ج ٨ ص ٢١
- (٢) سنن أبى داود - الطبعة الاولى (١٣٧١ هـ) مطبعة الحلبي
 ج ٢ ص ٤١٥ وقد ورد بلفظ : « كن كابنى آدم » .
- (٣) مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٥
- (٤) المهذب ج ٢ ص ٢٢٦
- (٥) الشرح الكبير مع المغنى ج ١٠ ص ٣١٨
- (٦) انظر ص ٧١ من هذه الرسالة .
- (٧) المغنى ج ١٠ ص ٣٥٣ ، وانظر كشف القناع ج ٦ ص ١٥٥

رد الجمهور :

وقد رد جمهور الفقهاء على القائلين بالاستسلام للمعتدى بأن أدلتهم التى اعتمدوا عليها ليس فيها ما يدعم وجهة نظرهم . وذلك لأن قوله تعالى : ﴿ لئن بسطت الى يدك لتقتلنى ﴾ . . . الآية (١) . أولها ابن عباس بمعنى : لئن بدأتى بالقتل لم أبداك به . ولم يرد أنه لا يدفعه عن نفسه ان قصد قتله . وأولها الحسن ومجاهد ، بأنه كتب على بنى اسرائيل أنه اذا أراد أحد قتل آخر ، أن يتركه يقتله ، ولا يدفعه عن نفسه . وفى كلا التأويلين لا دليل لهم على جواز ترك الدفاع عن النفس ان أراد أحد قتلها ، لأن التأويل الأول يعنى أن المدافع لا يبدأ بقتل غيره ، ولا يعنى أنه لا يدافع عن نفسه . والتأويل الثانى منسوخ ، والذى يدل على نسخه قوله تعالى : ﴿ وان طائفتان من المؤمنين اقاتلتا فاصلحا بينهما ، فان بغت احدهما على الاخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تغى الى امر الله ﴾ (٢) .

فقد أمر الله بقتال الفئة الباغية ، ولا بغى أشد من قصد انسان بالقتل بغير استحقاق . فاقترضت الآية قتل من قصد قتل غير بغير حق . وقوله تعالى : ﴿ ولكم فى القصاص حياة ﴾ (٣) . فقد أخبر تعالى أن فى ايجاب القصاص حياة لنا ، لأن القاصد لغيره بالقتل متى علم أنه يقتص منه كف عن قتله . وهذا المعنى موجود فى حال قصده لقتل غيره ، لأن فى قتله احياء لمن لا يستحق القتل .

وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من شمر سيفه ثم وضعه فدمه هدر » (٤) . وروى فى أخبار مستفيضة أنه صلى الله عليه وسلم قال : « من قتل دون نفسه

(٢) الحجرات

(١) المائدة : ٢٨

(٣) البقرة : ١٧٩

(٤) سنن النسائى ج ٧ ص ١٠٨

فهو شهيد» (١) . وغيره من الأحاديث (٢) التي تدل على لزوم الدفاع عن النفس . وكذلك اتفاق المسلمين على أنه من قصده غيره بالقتل ، أن على سائر الناس دفعه عنه وإن أتى على نفسه .

وما استدلوأ به من قوله صلى الله عليه وسلم : « إن استطعت أن تكون عبد الله المقتول فافعل » . . . الحديث ، فأنما عني به صلى الله عليه وسلم ، ترك القتال في الفتنة ، وكف اليد عن الشبهة ، ولم ينف به قتل من استحق القتل . وأما قوله صلى الله عليه وسلم : « كن خير ابنى آدم » فقد أراد به ألا يبدأ بالقتل ، ولم يرد به منع دفع القاتل عن نفسه (٣)

● مقارنة :

نستخلص مما قدمنا من آراء الفقهاء ، أن الحنفية يرون وجوب الدفاع عن النفس مطلقا . ويرى جمهور المالكية وجوبه عندما يضاف على نفسه أو عضوه أو على أهله أو قرابته ، هلاكاً ، أو أذى شديداً . ويرى غير الجمهور من المالكية جواز تركه في زمن الفتنة . وللشافعية فيه وجهان ، وجه بوجوبه — وهو رأى الجمهور منهم — ووجه بجواز تركه . وأن القائلين بالجواز من الشافعية ، منهم من قال بأنه يسن الاستسلام للمعتدى ، كما يرى الشافعية أن الدفاع عن النفس يجب مطلقا إذا كان المعتدى عليه شخصا مسلما ، والمعتدى شخصا مجنونا أو كافرا أو مسلما مهدر الدم ، أو بهيمة . ويرى الحنابلة وجوب الدفاع عن النفس في غير زمن الفتنة وجوازه فيها . والأصح عندهم القول بوجوبه .

(١) صحيح الترمذى بشرح ابن العربى ج ٦ ص ١٨٩ - ١٩١ ، ولفظه : « دون وجه » وقد رخص النبى ﷺ للرجل أن يقاتل عن نفسه .
(٢) أحكام القرآن - الجصاص ج ٢ ص ٤٨٨
(٣) المرجع السابق ج ٢ ص ٤٨٨ ، ٤٨٩

وبالمقارنة بين المذاهب الأربعة نخلص الى القول بأن الحنفية وجمهور المالكية والشافعية يتفقون على وجوب الدفاع عن النفس من غير قيد بزمن فتنة أو غيره • وأن الحنابلة يرون وجوبه في غير زمن الفتنة • ويرى غير الجمهور من الشافعية جواز تركه مطلقا من غير قيد • ويفرد غير الجمهور من المالكية والحنابلة ، بالقول بجواز تركه في زمن الفتنة •

فالقول اذن بالاستسلام للمعتدى هو قول القلة من الفقهاء وهو قول لا يعتمد عليه لأنه يناهى الفطرة السليمة ، كما يناهى مبدأ الدفاع الشرعى ، القائم على حق الشخص فى حماية نفسه • وفيما سقناه من أدلة الجمهور وردهم على القائلين به ما يؤيد بطلانه • فيبقى اذن حكم الدفاع عن النفس دائرا بين الوجوب والجواز • وأن القول بالوجوب مطلقا ، هو قول الجمهور • ويؤيد ما ذهب اليه الجمهور قول الجصاص : « ويدل على صحة قول الجمهور فى ذلك وأن القاصد لقتل غيره ظلما يستحق القتل ، وأن على الناس كلهم أن يقتلوه ، قوله تعالى : ﴿ من أجل ذلك كتبنا على بنى إسرائيل انه من قتل نفسا بغير نفس او فساد فى الأرض فكانما قتل الناس جميعا ﴾ (١) •

فكان فى مضمون الآية اباحة قتل المفسد فى الأرض ، ومن أعظم الفساد قصد قتل النفس المحرمة ، فثبت بذلك أن القاصد لقتل غيره ظلما يستحق للقتل مبيح لدمه » (٢) •

فيجب على الشخص أن يدفع ضرر العدوان عن نفسه • وهو واجب دينى يثاب على القيام به ، ويأثم بتركه ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « من قتل دون ماله فهو شهيد ، ومن قتل دون دينه فهو شهيد ، ومن قتل دون دمه فهو شهيد ، ومن قتل دون أهله فهو شهيد » (٣) •

(١) المائدة : ٣٢

(٢) احكام القرآن - الجصاص ج ٢ ص ٤٩٠

(٣) صحيح الترمذى بشرح ابن العربى ج ٦ ص ١٩١

ولا يكون شهيدا الا وهو مأجور فى الآخرة . أما من الناحية التطبيقية العملية ، وفى مجال الدفاع الشرعى بالذات ، فلا نرى أثرا فعليا للقول بالوجوب . لأن من لا يباثر حقه فى الدفاع ، لا يترقب على تركه أية مسئولية ، جنائية أو مدنية . فالقول بالوجوب يتساوى مع القول بالجواز ، من حيث النتيجة العملية ، ولكن فى القول بالوجوب تأكيد لحق المعتدى عليه فى حماية نفسه - والدفاع عنها ، والزام له بالمحافظة عليها .

* * *

المبحث الثاني

حكم الدفاع عن سلامة الجسم والأطراف

ان جسم الانسان هو الوعاء الذي يحوى ذاته ، ويضم أطرافه .
وان سلامة الجسم والأطراف ، والمحافظة عليها ، من الأمور الضرورية ،
الواجبة للمحافظة على النفس ذاتها . وأن الاعتداء عليها اعتداء على
حياة الشخص نفسه . لأن حرمة أطراف الانسان كحرمة نفسه (١) .

وقد قاس فقهاء الحنفية حرمة أطراف الشخص على حرمة ماله ،
فاذا أباحت الشريعة للشخص أنه يدافع عن ماله ، ويقاقل دونه ، حتى
يصد العدوان ، أو يموت شهيدا ، مع أن المال تابع ومكمل لحياة
الانسان ، وأن جسمه وعضوه جزء منه ، فبالأولى أن تبيح الدفاع عن
المتبوع - وهو الجسم والأطراف - ولو أدى الدفاع الى هلاك المعتدى
واستشهاد المعتدى عليه - يقول السرخسي : « وحرمة أطرافه لا تكون
دون حرمة ماله . ولو قصد ماله . كان له أن يقتله دفعا ، فهذا أولى » (٢) .

ويستفاد مما أورده الجصاص ، أن الدفاع عن النفس يتضمن
الدفاع عن الأعضاء ، لأنها لا تقل أهمية عنها ، ولا تقوم بدونها .
فمن يريد قطع عضو من الأعضاء عنوة كمن يريد قتل النفس على
حد سواء . فهو يقول : « قال أبو بكر : ذكر ابن رستم عن محمد ،
عن أبي حنيفة أنه قال : اللص ينقب البيوت يسمع قتله لقوله صلى الله
عليه وسلم : « من قتل دون ماله فهو شهيد » ، ولا يكون شهيدا
الا وهو مأمور بالقتال إن أمكنه . فقد تضمن ذلك إيجاب قتله اذا قدر
عليه . وقال أيضا في رجل يريد قلع سنك قال : فلك أن تقتله اذا كنت
في موضع لا يمينك الناس عليه . قال أبو بكر : وذلك لأن قلع السن

(١) تبين الحقائق ج ٥ ص ١٩٠ ، وأسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٨ .

(٢) المبسوط ج ١٠ ص ١٣٤

أعظم من أخذ المال ، فإذا جاز قتله لحفظ ماله ، فهو أولى بجواز القتل من أجلها» (١) .

فإذا عض شخص شخصا آخر ، فنزع العضوض يده من فم العاض ، فسقطت أسنانه ، فقد اتفق الفقهاء على أنه لا قصاص على العضوض . ولكنهم اختلفوا في لزوم دية الأسنان .

فقد ذهب فقهاء المذاهب الثلاثة ، وبعض المالكية ، الى أنه يجوز للمعضوض أن يدفع العاض عن عضوه بالأسهل فالأسهل ، من فك لحي ، أو ضرب فمه أو كلمة ، أو نزع يده ، أو فقه عين أو قطع لحي أو شق بطن ، الى أن يخلص عضوه بالتدريج ، فان عجز عن خلاصة بالأسهل ، فنزع عضوه فسقطت أسنانه العاض ، فلا ضمان عليه فيها من قصاص ولا دية ، لأن العاض في حكم الصائل فتهدر أسنانه» (٢) .

وقد استدلووا بما ذهبوا اليه بأدلة عقلية وعقلية ، فاستدل الشافعية والحنابلة وبعض المالكية بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم . فقد ورد في الصحيحين عن عمران بن حصين : « أن رجلا عض يده رجل فنزع يده من فيه فوفعت ثناياه ، فاختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يقال : « بعض أحدكم أخاه كما يمض الفحل ؟ لا دية لك » ، وفي رواية صفوان بن يعلى عن أبيه قال : « خرجت في غزوة فعض رجل فانتزع يتيه فأبطلها النبي صلى الله عليه وسلم » (٣) .

ووجه الدلالة فيه أن قوله : « فأبطلها » وقوله : « لا دية لك » نص ظاهر ، وصرح في اسقاط القصاص والدية في ذلك . ولم يقل أحد بالقصاص كما يقول القرطبي (٤)

-
- (١) أحكام القرآن ج ٢ ص ٤٩٠ ، والعقوبة ص ٥١٢
(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٢ ، وفتح الباري ج ١٥ ص ٢٤٤
(٣) صحيح البخاري ج ٩ ص ٩
(٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٢ ، واللهب ج ٢ ص ٢٢٦ ،
ومفنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٧ ، ونهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٧ ، والمفنى
ج ١٠ ص ٣٥٤ ، ٣٥٥

ومن أدلتهم العقلية على إسقاط الدية ، أن العاض مستعد في
العض ، والجاذب غير مستعد في الجذب ، ولأن العض ضرر فللمعضوض
أن يدفع الضرر عن نفسه (١) .

وأن العاض ألجأ للمعضوض لذلك النزاع (٢) ، كما أن فعله ألجأه
إلى الاتفاق فلا يضمنه المعضوض كما لو رمى حجرا فرجع الحجر عليه
فأقلقه (٣) . وأن أسنانه كنفسه : وأن النفس لا تضمن بالدفع فالأجزاء
أولى (٤) . ولأنه عضو تلف ضرورة دفع صاحبه ، كما لو صال عليه فلم
يمكنه دفعه إلا بقتله ونحوه (٥) .

كذلك استدلوا بالاجماع على أن من شهور على آخر سلاحا
ليقتله ، فدفعه عن نفسه فقتل الشاهر ، أنه لا شيء عليه فيه ، فكذلك
لا يضمن سنده بدفعه إياه عن يده (٦) .

يتضح مما أورده الجمهور من أدلة ، أنه يجوز للشخص أن يدافع
عن سلامة جسمه وأطرافه كما يدافع عن نفسه ، ولا تبعة عليه في ذلك .
كما يتضح أن الحديث يدل على أن الجناية إذا وقعت على شخص بسبب
منه كحادثة العض هذه ، فلا قصاص ولا دية ولا أرض على الجاني ،
كما ذهب إليه الجمهور (٧) .

وما يشترط من ترتيب الدفع في هذه الحادثة من الأسهل
فالأسهل لا يدل عليه ظاهر الحديث ، وإنما يؤخذ من القواعد الكلية .

(١) بدائع الصنائع - الكاساني - الطبعة الأولى (١٣٢٨ هـ) المطبعة
الجمالية ج ٧ ص ٢٧٤

(٢) الفروق ج ٤ ص ١٨٤ (٣) المهذب ج ٢ ص ٢٢٦

(٤) أسنى الطالب ج ٤ ص ١٦٧ ، ١٦٨ ، ومغني المحتاج

ج ٤ ص ١٩٧

(٥) كشف القناع ج ٦ ص ١٥٧

(٦) فتح الباري ج ١٥ ص ٢٤٤

(٧) انظر فتح الباري ج ١٥ ص ٢٤٥ ، ونيل الأوطار ج ٧ ص ٢٩

وفى وجه للشافعية والحنابلة أن أسنان العاض عدوانا تهدر مطلقا ولا يراعى فى دفعه الترتيب من الأسهل الى الأغلظ ، بل تلزم العضوض المبادرة بنزع عضوه ، اذا ظن أن لو التزم مراعاة الترتيب لأفسد العاض عضوه قبل أن يخلصه منه ، وذلك أخذا بظاهر الحديث (١) ولأن النبی صلی الله علیه وسلم لم يفصل فى قضائه بين مراعاة الدفع بالأسهل فالأغلظ ، وبين نزع العضو فور العض فى هذه الحادثة . ولأنه لا يلزمه ترك يده فى فم العاض ، ولأن جذب يده مجرد تخليص ليده ، وما حصل من سقوط الأسنان حصل ضرورة التخليص الجائز ، ولكم (٢) فك العاض جناية غير التخليص وربما تضمنت التخليص ، وربما أتلقت الأسنان التى لم يحصل العض بها ، وكافت البداءة بجذب يده أولى ، وينبغى أنه متى أمكنه جذب يده فعدل الى لكم (٢) فكه فألنلف سنا ضمنه لا مكان التخلص بها هو أولى (٣) .

وما ذهب اليه الجمهور من التدرج فى دفع العاض من الأسهل فالأغلظ ، هو ما درج عليه الفقهاء فى دفع الصائل . وهو ما تقضى به القواعد الكلية (٤) . والذي ينبغى الأخذ به فى كل دفع . وأن الذى يستعمل فى الدفاع من الوسائل ما هو أغلظ مع امكان استعمال الأسهل يعتبر متجاوزا لحقه المشروع ، ويلزمه ضمان فعله .

● المالكية :

والمشهور من مذهب الامام مالك أن العضوض يضمن دية الأسنان التى سقطت بسبب نزع عضوه . وعلل أكثر أصحابه القول بالضمان ،

(١) نيل الأوطار - الشوكاني - الطبعة الأخيرة (١٣٩١ هـ) مطبعة الحلبي ج ٧ ص ٢٨ ، ٢٩ ، وفتح الباري ج ١٥ ص ٢٤٤ ، وحاشية الرملی على أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٧
(٢) لكم : بفتح اللام وسكون الكاف ، من اللكم وهو الضرب بجمع الكف .
(٣) المغنى ج ١٠ ص ٣٥٥
(٤) انظر فتح الباري ج ١٥ ص ٢٤٥ ، ونيل الأوطار ج ٧ ص ٢٩ .

بأن سقوط الأسنان حصل بفعل العضوض ، فهو مباشر للجناية فعليه ضمانها (١) .

وأولوا الحديث بأن العضوض يمكنه نزع يده يرفق بحيث لا تنقلع الأسنان ، فلما نزعها بعنف فقلع الأسنان ، صار متعديا بالزيادة فعليه ضمانها ، وهو الدية . أما إن كان لا يمكنه خلاصها إلا بنزعها فلا ضمان عليه (٢) .

وحمله بعضهم على أن العضوض أن قصد بنزع يده قلع الأسنان يضمن الدية في ماله . وإن قصد تخليص يده ، أو كان لا قصد له ، فلا ضمان عليه (٣) .

وحمله بعضهم على أن العاض كإن متحرك الثنايا ، فسقطت عقب النزع (٤) . ولكن سياق الحديث يدفع هذا الاحتمال . وحمله بعضهم على أن سبب سقوط الأسنان هو شدة العض لا النزع . فيكون سبب سقوط ثنايا العاض بفعله هو لا بفعل العضوض . لأنه لو كان من فعل العضوض لأمكنه أن يخلص يده من غير قلع .

وذهب البعض إلى أن العاض قصد اليد والمعضوض قصد غير اليد ، فأثلف أسنان العاض . فوجب أن يكون كل منهما ضامنا ما جناه على الآخر كمن قلع عين رجل فقلع الآخر يده . وهو قياس في مقابل النص ، فهو فاسد . وذهب بعضهم إلى أن هذه الحادثة خاصة ولا عموم

(١) الفروق ج ٤ ص ١٨٤ ، وتبصرة الحكام بهامش فتح العلى المسالك - ابن فرحون - الطبعة الأخيرة (١٣٧٨ هـ) ج ٢ ص ٣٥٧

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٢ ، وشرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٧

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٧ ، والشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣٥٦

(٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٢

لها • والرد على ذلك أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه قد قضى فى
حادثة مماثلة لهذه الحادثة بمثل قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم^(١) .

وفضخص من ذلك الى أنه مهما اجتهد أصحاب الامام مالك فى
تأويل الحديث ، فهو حجة عليه وعليهم • ونص صريح فى سقوط دية
أسنان العاض عدواناً كما ذهب اليه الجمهور • وما أحسن ما قال يحيى
ابن يعمر وابن بطلال : « لم يروه مالك ، لأنه من رواية أهل العراق ،
وفال أبو عبد الملك : لأنه لم يصح الحديث عنده ، لأنه أتى من قبل
الشرقي »^(٢) ووصف الشوكاني تأويلات أصحاب مالك لهذا الحديث
بأنها تأويلات فى غاية السقوط • وأنهم غاروا - بأقيسة فاسدة^(٣)
وبذلك يترجح ما ذهب اليه الجمهور •

* * *

● نطاق مباشرة الدفاع الشرعى فى القانون :

كما أقرت الشريعة الاسلامية الدفاع عن النفس والمال وعن
الغير ، كذلك أقرت جملة الشرائع الوضعية ، ومن بين تلك الشرائع
التي وضعت قيوده وخلوده ، ونظمت كيفية استعماله قانون العقوبات
السوداني لعام ١٩٧٤ • فإن الفقرة الأولى من المادة رقم (٥٦) من هذا
القانون تنص على الآتى : « مع مراعاة القيود المبينة فيما بعد ، يكون
لكل شخص الحق فى الدفاع الشرعى :

(أ) عن جسمه أو جسم أي شخص آخر ، ضد أية جريمة
تؤثر فى سلامة الجسم »^(٤) •

(١) فتح البارى ج ١٥ ص ٢٤٤

(٢) نيل الأوطار ج ٧ ص ٢٩ ، وفتح البارى ج ١٥ ص ٢٤٤

ـ وفى فتح البارى يحيى بن عمر •

(٣) نيل الأوطار ج ٧ ص ٢٩ ، وفتح البارى ج ١٥ ص ٢٤٤

(٤) نص المادة : « مع مراعاة القيود المبينة فيما بعد ، يكون لكل
شخص الحق فى الدفاع الشرعى :

فقد أبحاث هذه الفقرة من المادة للشخص الدفاع عن نفسه ،
ضد أية جريمة تؤثر في سلامة جسمه . ولا نزاع في أن جسم
الإنسان هو الاطار الطبيعي الذي يحوى ذاته وتعلق به أطرافه . وكل
عدوان يمس جزءا من جسم الانسان ، يمس ذاته مساسا مباشرا ،
ويؤثر عليها . فكل جريمة تؤثر في جسم الانسان يبيح له القانون
دفعها عن نفسه .

وان الجرائم التى تؤثر في جسم الانسان ، وهى الجرائم الخاصة
بالحياة ، والتى أباح الشارع استعمال حق الدفاع الشرعي عند
الخوف - المستند الى أسباب معقولة - من حدوث أى منها ، حصرها
المشرع السوداني فى المواد (٢٤٦ - ٣١٩ من قانون العقوبات) ، وبذلك
حدد نطاق الدفاع فى جرائم معينة ، هى الجرائم المشار اليها فى المواد
المذكورة (١) .

يقول بجليد هل : « يمكن استعمال حق الدفاع ضد أى شخص
يرتكب أو يحاول ارتكاب أية جريمة ضد جسم الانسان من الجرائم
المحددة فى أى من المواد ٠٠٠٠٠ (٢٤٦ - ٣١٩) من قانون عقوبات
السودان » (٢) .

(١) عن جسمه أو جسم أى شخص آخر ضد أية جريمة تؤثر في
سلامة الجسم .

(ب) عن مال ثابت أو منقول ، مملوك له أو لغيره ، ضد أى فعل
يعتبر جريمة حسب التعريف المقرر لجرائم السرقة ، أو النهب أو الاتلاف ،
أو التعدي الجنائي ، أو أى فعل من أفعال الشروع فى ارتكاب احدى
هذه الجرائم » .

(١) معلقا عليه ص ٧٨ ، والقانون الجنائي ص ٦٤٦

Gledhill op cit, p. 132 .

(٢)

«The right may be exercised against any person committing
or attempting to commit any offence against the human body
defined in any of sections 246 to 319 Sudan p. C. ».

Beshir M. Selih, The right of Private defence :
وانظر :
in the criminal law of England and the Sudan, LL.M.
University of exeter (1970) p. 117 (N.P).

وإذا نظرنا الى الضرب أو الجرح أو ائتلاف عضو من أعضاء الانسان ، نجدها جرائم محظورة بقتضى القانون^(١) . ووقوعها فعلا مع استمرارها ، أو الخوف من حدوثها خوفا مبنيا على أسباب معقولة ، يبرز فعل الدفاع الشرعى ضد مرتكبها .

ومن الوقائع التطبيقية فى ذلك ، الحكم فى قضية حكومة السودان - ضد : عجال محمد بدوى وآخر (١٩٧٢ م) فبينما كان المتهم يتجول ليلا فى مكان فضاء ، هاجمه شخصان مسلحان ، أحدهما يحمل سكيناً وفأساً ، والآخر يحمل سكيناً وعصاً . فتحرشا به واعتديا عليه . فقد طعنه الأول فى فخذه ، بينما طعنه الثانى فى يده اليسرى والظهر . وهنا استل المتهم سكينه ، وعاجل الأول بطعنات حتى رماه أرضاً ، ثم طعن الثانى فى كفه واضطره للفرار .

فحكمت المحكمة الكبرى ببراءة المتهم وأيدتها محكمة الاستئناف، مستندة الى أنه كان يمارس حقه فى الدفاع الشرعى عن النفس ، لما ثبت لها من وقائع ، أنه لم يكن أمامه ازاء هذا الهجوم سوى اللجوء الى سكينه^(٢) .

وبمقارنة الشريعة بالقانون يتضح أنه ما ذهب اليه المشرع السودانى من اباحة الدفاع عن النفس ضد الجرائم الضارة بالجسم ، سواء من الناحية النظرية أو التطبيقية ، يتفق مع ما ذهب اليه جمهور الفقهاء من اباحة الدفاع عن النفس وأطراف الجسم . غير أن جمهور الفقهاء يجعلون الدفاع عن النفس واجبا على المعتدى عليه يلزمه القيام به ويأثم بالتخلى عنه^(٣) .

١٩٩

(١) معلقا عليه ص ٤١٧ ، ٤١٨

(٢) المجلة القضائية (١٩٧٢ م) ص ١٨٠ ، ١٨١ وكمثال للضرب الذى يبرر الدفاع عن النفس انظر المجلة القضائية (١٩٧٠ م) حكومة السودان - ضد : محمد كرار احمد ص ١٠

(٣) انظر ص ٧٧ من هذه الرسالة

المبحث الثالث

الدفاع عن العرض

● تعريف

• العرض هو الخليفة المحموده • وهو ما يصونه الانسان من نفسه أو سلفه ، أو من يلزمه أمره • وهو موضع الذم والمدح منه ، وما يفتخر به من حسن أو نسب ، فيقال : هو قبيح العرض : بمعنى أنه برئ من أن يعاب أو يشتم •

وعند بحث الفقهاء في حكم الدفاع عن العرض فإنهم يستعملون عبارات يرجع معناها الى مدلول العرض ، فيوردون عبارة : زوجة وأهل وحرمة وحريم وبضع • وبالرجوع الى معاجم اللغة نجد أن أهل الرجل هي زوجته ، والحرمة ما لا يحل انتهاكه • وحريم الرجل ما يدافع عنه ويحميه • وقد سميت فسء الرجل بالحريم • والحرم النساء الرجل واحد • والبضع موضع الغشيان من المرأة ، وهو الفرج (١) •

وما يلحق النساء سواء كن زوجات أو قريات في أبضاعهن أو بمس شرفهن من زنا وما يؤدي إليه ، هو مساس بعرض الشخص الذي هو موضع المدح والذم منه •

● حكم الدفاع عن العرض :

ذهب جمهور الفقهاء الى أن الشخص يجب عليه أن يدافع عن عرضه وعرض غيره ، ولا يجوز له أن يتسامح في ذلك ، ولو أدى الدفاع

(١) لسان العرب ، ومنجد الطلاب .

الى ازهاق روح المعتدى • وأن ذلك المعتدى يذهب دمه هدرا
ولا مسئولية فيه •

فمن يرى شخصا يزنى أو يحاول الزنا بامرأته أو محارمه ،
أو يعتدى على عرض غيره يجب عليه أن يدفعه^(١) • يقول ابن نجيم فى
حق المعتدين على الأعراض وأصحاب الكبائر : « ويباح قتل الكل
ورثاب قاتلهم »^(٢) • وقد أفتى الناصحى بوجوب قتل كل مؤذ^(٣)
ولا ثواب الا على أداء واجب ، ولا عقاب الا على تركه • ولا إيذاء
أشد على المرء من إيذائه فى عرضه الذى يصونه ويحميه ، ويمدح أو يذم
بمسأسه • ولم يكن المراد من الوجوب هنا وجوب عين القتل وانما
المراد وجوب دفع الضرر على أى وجه كان • ولا يجب القتل الا اذا
افتضته حالة الدفاع ولم يمكن دفع المعتدى بما دونه^(٤) •

وقد علل الفقهاء الوجوب بأن الدفاع عن العرض من الأمر
بالمعروف وإزالة المنكر باليد ، وأن النهى عن المنكر فرض^(٥) وبأن
الأبضاع لا مجال للإباحة فيها^(٦) وبأن العرض يجتمع فى الدفاع عنه
حقان ، حق الله تعالى وهو منع المعتدى من ارتكاب الفاحشة ، وحق
المعتدى عليه بمنع الفاحشة عن أهله ، ولا يسع المرء أن يتغلى عن هذين

(١) تبين الحقائق ج ٣ ص ٢٠٨ ، والدر المختار ، شرح تنوير
الابصار بهامش رد المختار - الحصى ج ٤ ص ٦٣ ، ٦٤ ، ونهاية
المحتاج ج ٨ ص ٢٢ ، وشرح البهجة ج ٥ ص ١١٢ ، وكشاف القناع
ج ٦ ص ١٥٥ ، ١٥٦ ، وانظر شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٨ ، والتشريع
الجنائى ج ١ ص ٤٧٤

(٢) البحر الرائق ج ٥ ص ٤٥

(٣) الدر المختار ج ٤ ص ٦٤

(٤) النهاية بفتح القدير ج ٨ ص ٢٦٩

(٥) رد المختار ج ٦ ص ٥٦٠ ، والمبسوط ج ٢٤ ص ٣٧٠

(٦) المهذب ج ٣ ص ٢٢٥ ، ٢٢٦ ، وشرح البهجة ج ٥ ص ١١٢

الحقين^(١) . يقول الباجي في معرض بيان حكم من وجد مع امرأته رجلا : « وجه ذلك أن وجوده في داره أوجب له أن يسلط عليه بالضرب والأذى والابعاد »^(٢) .

وإذا نظرنا الى عبارات شراح مختصر خليل ، نجد أن فقهاء المالكية يجيزون الدفاع عن النفس والعرض ، ويعنون بالجواز وجوب الدفاع ، لا الجواز الذي يستوى فيه الفعل والترك . وذلك لأنهم يفسرون الجواز بالأذن الصادق بكون الدفاع واجبا ، كما يتضح ذلك من عباراتهم : « وجاز دفع صائل أى أراد الصول على نفس أو مال أو حريم فإن أبى إلا الصول دفعه بالقتل عما قصده من قتل أو هتك حرمة لؤا والمراد بالجواز أولا وثانيا الاذن ، لأن الدفاع (قد يجب) لخوفه على نفسه أو عضوه ، أو على أهله وقرباته »^(٣) .

ويقول العدوى : « والمراد بالجواز الاذن الصادق بكون دفعه واجبا »^(٤) . ومؤدى ذلك أنهم يلتقون مع جمهور الفقهاء فى القول بوجوب الدفاع عن العرض . كما أنه يستفاد من تنكيرهم وتعميمهم لعبارة « حرمة » و « حريم » وجوب الدفاع عن عوض الغير . لأن عبارة « حرمة » و « حريم » تشمل بعمومها حرمة وحريم الشخص نفسه وحرمة وحريم غيره .

وكما يجب على الشخص أن يدافع عن عرضه ، يجب على المرأة أن تدافع عن عرضها ، وتصد المعتدى عليها بكل ما أوتيت من قوة ،

-
- (١) كشف القناع ج ٦ ص ١٥٥ ، ونبل المأرب ج ٢ ص ١٤٩
(٢) المنتقى شرح موطأ مالك - الباجي - الطبعة الأولى (١٣٣٢ هـ)
مطبعة السعادة بمصر ج ٥ ص ٢٨٥
(٣) شرح الزرقانى على مختصر خليل ج ٨ ص ١١٨ ، وانظر شرح
الخرشى على مختصر خليل - الخرشي - الطبعة الثانية (١٣١٧ هـ)
المطبعة الأميرية ج ٨ ص ١١٢
(٤) حاشية العدوى على الخرشي ج ٨ ص ١١٢

ولو أدى الدفاع الى هلاك نفسها ، أو هلاك المعتدى ، ولا تبعة عليها
فى ذلك . ولا يجوز لها أن تمكن من نفسها ولو كانت مكرهة ، وذلك
لأن الزنى لا يباح بالاكراه . كما أن التمكين منها محرم وفى تركها
الدفاع عن عرضها نوع من التمكين^(١) .

* * *

● الدفاع عن عرض الزوجة والمحارم :

اتفق الفقهاء على وجوب الدفاع عن العرض ، سواء أكانت
المعتدى عليها زوجة أو محرما . فمن يجد رجلا مع زوجته يزنى
بها ، أو مع محرمة يجب عليه أن يدفعه عنها بكل الوسائل التى
يمكن دفعه بها ، من زجر بقول وصياح أو ضرب ونحوه ، بحيث
لا يصل الى حد القتل^(٢) .

فإن لم يندفع الا بما يصل الى حد القتل ، فإن فقهاء الحنفية
أباحوا قتله ، ولا ضمان على قاتله .

واشترطوا لاباحه قتله أن يعلم المعتدى على عرضه ، أن المعتدى
لا يندفع بما دون القتل . فإن علم أنه يندفع بدونه لا يحل له قتله .

وقد فرق ابن نجيم بين الأجنبية ، والزوجة والمحرم ، ففى حالة
الاعتداء على الأجنبية لا يحل له قتله الا اذا توفر الشرط المذكور ، وهو
الا يندفع بما دون القتل . وفى حالة الاعتداء على الزوجة أو المحارم
يحل له قتله مطلقا ، سواء علم أنه يندفع بما دون القتل ، أو لا يندفع
الا به^(٣) . وقد جزم ابن وهبان بإطلاق الشرط المذكور فى
الأجنبية وغيرها ، وقال الحصكفى : « هو الحق »^(٤) . ويدل على

(١) تبين الحقائق ج ٣ ص ٢٠٨ ، والدر المختار ج ٤ ص ٦٦٣ ، ٦٦٤ ،
ونهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٢ ، واللغنى ج ١٠ ص ٣٥٢ ، ٣٥٣

(٢) الدر المختار ج ٤ ص ٦٣

(٣) البحر الرائق ج ٥ ص ٤٥ ، والدر المختار ج ٤ ص ٦٣

(٤) الدر المختار ج ٤ ص ٦٤

إطلاقه تنكير الهندواني للمرأة • قال الزيلعي : « وسئل الهندواني عن رجل وجد رجلا مع امرأة أيحل له قتله ؟ قال : « ان كان يعلم أنه ينزجر بالصياح والضرب بما دون السلاح لا ، وإن علم أنه لا ينزجر إلا بالقتل حل له القتل • وإن طأعته المرأة حل قتلها أيضا » (١) •

وقد وفق ابن عابدين بين فقهاء المذهب وابن نجيم ، بأن الشرط المذكور فيما اذا وجد رجلا مع امرأة لا تحل له قبل أن يزني بها • فهذا لا يحل له قتله اذا علم أنه يدفع بما دون القتل ، سواء أكانت المرأة أجنبية عن الواجد ، أو زوجة له ، أو محرما منه • أما في حالة التلبس بالزنا فيباح له قتله مطلقا في الأجنبية وغيرها من غير مراعاة للشرط المذكور (٢) • وقد أضاف الخاني شرطا آخر وهو أن يكون الزاني محصنا • فيباح له قتله •

وقد رد ابن وهبان ما ذهب اليه الخاني ، بأن قتله في هذه الحالة ليس من الحد ، بل من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر • وقد استحسن رده ابن عابدين ، لأن هذا المنكر حيث تعين القتل طريقا الى ازالته فلا معنى لاشتراط الاحصان فيه (٣) •

وقد ذهب بعض الحنفية الى أن الشروع في جريمة الزنا ، كالخلوة بالمرأة والقبلة والضم يبيح الدفاع عن العرض كما لو كان يزني بها • واستحسنه ابن عابدين • ونقل عن الحاوي الزاهدي قوله : « رجل رأى رجلا مع امرأته يزني بها أو يقبلها أو يضمها الى نفسه وهي مطاوعة فقتله ، أو قتلها لا ضمان عليه ، ولا يحرم من ميراثها ان أثبتته

(١) تبين الحقائق ج ٣ ص ٢٠٨ ، وانظر فتح القدير ج ٤ ص ١١٢ ، والبحر الرائق ج ٥ ص ٤٥

(٢) رد المختار ج ٤ ص ٦٣

(٣) الدر المختار ج ٤ ص ٦٣ ، ٦٤ ، وقد نقل ابن نجيم في البحر الرائق ج ٥ ص ٤٥ عن المجتبى : « ان الاصل في كل شخص اذا رأى مسلما يزني ان يحل له قتله ، وانما يمتنع خوفا من أن يقتله ولا يصدق في أنه زنى » •

بالبينة أو بالاقرار • ولو رأى رجلا مع امرأته فى مفازة خالية أو رآه مع محارمه هكذا ولم ير منه الزنا ودواعيه ، قال بعض المشايخ : حل قتلها ، وقال بعضهم : لا يحل حتى يرى منه العمل - أى الزنا ودواعيه «(١)» •

وخلاصة رأى جمهور الأحناف ، أنه يجب عليه دفعه بما دون القتل ، ويباح له قتله بشرط أن يعلم أن المعتدى لا يندفع الا بالقتل ، ولا ضمان عليه سواء أكافت المعتدى عليها أجنبية عن الدافع أو زوجة أو محرما •

* *

● المالكية :

أما فقهاء المالكية فلا يختلفون فى وجوب الدفاع عن المرض ، ولكنهم يفرقون بين المعتدى الثيب والبكر ، وبين ما يتروّب على قتله من عقوبة أو علمها •

فإن ابن الماجشون يرى أن من وجد رجلا مع امرأته فقاتله فكسر رجله أو جرحه فهو جبار^(٢) • ولا قصاص عليه فيه فيما دون النفس • وجه ذلك - كما علل الباجي - أن وجود المعتدى فى دار المعتدى عليه أوجب له أن يدفعه بالضرب والأذى والابعاد • فان قاتله ولم يخرج ، كان له مداخلته بما دون القتل ولو أدى الدفع الى الجراح وما أشبهها ، أما ان قتله فيرى أن عليه القود • الا أن يكون معه شهود على الزنا ، لما ورد الشرع به من حقن الدماء • وإن قتله فاما أن يثبت الزنا بالبينة أو لا • فان ثبت فاما أن يكون القتل بكرة أم ثيبا •

(١) رد المحتار ج ٤ ص ٦٤

(٢) الجبار بمعنى الهمد الذي لا شيء فيه • انظر شرح الأبي على

مسحيج مسلم المسمى باكمال اكمال المعلم - الأبي - الطبعة الأولى (١٣٢٧هـ)

مطبعة السعادة ج ٤ ص ٤٧٨

فإن لم يثبت الزنا بالينة يقتل به قصاصا وإن ثبت الزنا بين الرجل والمرأة بأربعة شهود ، وكان القتل محصنا ، فلا قصاص عليه فيه ، ولكن يؤدب لافتياته على السلطان بتعجيل قتله . وعلل الباجي ذلك بأن الثيب قد وجب عليه القتل بالزنا والاحصان . فليس على قاتله قتل ، وإنما على قاتله في ذلك العقوبة لافتياته على السلطان .

وإن كان القتل بكرا فيقتل به . وعلل الباجي ذلك ، بأن البكر ليس عليه قتل بالزنا فمن يقتله يقتل به . ويرى ابن القاسم أنه لا قصاص عليه في الثيب والبكر ، إذا جاء بأربعة شهداء على الزنا بينهما . ووجه ذلك أنه من يجد شخصا يزني بأهله يصل به من الغيرة ما يجعله كالمجنون ، فيخرج عن عقله ، ولا يكاد يملك نفسه . ومع أن ابن القاسم يسقط القصاص في الثيب والبكر . إلا أنه يرى لزوم دية الخطأ في قتل البكر . ووافقته على ذلك ابن كثافة والغيرة . ووجه ذلك أن من قتل من لا يجب عليه القتل إذا لم يجب عليه القصاص للشبهة لزمت الدية . وأين القاتل بسبب ما أصابه من الغضب المفاجيء الذي سببه الزنا . يصير في حكم المغلوب الذي لا عقل له . فكأن جنايته خطأ .

وروى ابن مزين عن أصبغ أن هذه الدية تكون في مال القاتل ، لا على عاقلته . ووجه ذلك أنه خطأ غير متيقن ، ليست شبهته بالقوية ، فأشبهه اقرار القاتل بالخطأ ، فالدية في ماله .

وظاهر ما في حاشيتي الدسوقي والعدوى أنه لا يقتص من القاتل ، سواء أكان القتل ثيبا أو بكرا لعذره بالغيرة التي صيرته كالمجنون . ولكن يرى العدوى أنه عليه الدية في البكر . وقد أخذ ابن عرفة الدسوقي بما نقله ابن فرحون عن ابن القاسم في المدونة ، وهو أن عليه الدية في البكر في ماله .

ويرى ابن عبد الحكم أنه يهدر مطلقا سواء أكان ثيبا أو بكرا .

وقال غير ابن القاسم : دمه هدر في الثيب والبكر ، لأن عمر بن الخطاب أهدر أكثر من دم في مثل هذا التعدي^(١) .

وخلاصة ما ذهب اليه المالكية أن من وجد رجلا مع امرأته فقتله دفاعا عن عرضه ، وثبت الزنا بالبينة ، وكان القليل محصنا ، يذهب هدرًا ولا قصاص فيه ولا دية بالاتفاق بينهم . وإن كان بكرا فلا قصاص فيه عند جمهورهم عدا ما ذهب اليه ابن الماجشون . وتلزم فيه دية الخطأ عند جمهورهم ، ويذهب هدرًا عند ابن عبد الحكم استنادا الى فعل عمر رضي الله عنه .

* *

● الشافعية :

ويرى الشافعية أن من وجد رجلا يزني بامرأته ولم يمكنه دفعه الا بقتله ، فقتله لا شيء عليه فيما بينه وبين الله تعالى ، لأنه قتله بحق . أما قضاء فيقتل به قصاصا ، الا أن يفيم البينة على الزنا . لقول سعد ابن عباد : « يا رسول الله ، أرأيت إن وجدت مع امرأتي رجلا أمهله حتى آتي بأربعة شهداء ؟ فقال عليه الصلاة والسلام : « نعم »^(٢) . ويقول علي بن أبي طالب رضي الله عنه : « ان لم يأت بأربعة شهداء فليعط برمته »^(٣) .

(١) المنتقى ج ٥ ص ٢٨٤ - ٢٨٦ ، وبصرة الحكام ج ٢ ص ١٨٥ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ٢٣٩ ، وحاشية العدوي ج ٨ ص ٤

(٢) فتح الباري ج ١٥ ص ١٦٠ ، وانظر الام ج ٦ ص ٢٦ ، وصحيح مسلم ج ٢ ص ١١٣٥

(٣) فتح الباري ج ١٥ ص ١٦٠ ، ومختصر المزني بهامش الام - المزني - ج ٥ ص ١٧٨ ، والمهذب ج ٢ ص ٢٢٦ ومعنى الرمة : الحب البالي . ومعناه أن يعطى القاتل - بحبله في عنقه ويده مكتوبا به - الى أولياء المقتول ليقتصوا منه ، ثم قيل لكل من أخذ شيئا بجملته : قد أخذه برمته أي أخذه كله . انظر النظم المستعدي بهامش المهذب ج ٢ ص ٢٢٦ ، وشرح الأبي ج ٤ ص ٤٠٥

وقد فصل الإمام الشافعى ، فهو يرى أنه يسمعه فيما بينه وبين الله قتل الرجل والمرأة ، بشرط أن يكونا محصنين ، ويعلم أنه قد نال منها ما يوجب القتل ، وأن يثبت الزنا بالبينة . وقد أخذ فى ذلك بقول على رضى الله عنه : « إن لم يأت بأربعة شهداء فليعط برمته » . فإن لم تكن له بينة ولم يصدقه أولياء القتل فعليه القصاص . وإن ثبت الزنا وكافا ثيبين ، فلا قصاص عليه ولا دية . وإن كان الرجل ثيبا والمرأة بكرا فعليه القصاص فى المرأة ، ولا قصاص عليه فى الرجل ، والعكس كذلك لأنه ليس على البكر قتل فى الزنا (١) .

ويرى الرويانى أن الأخت والبنت كالزوجة فى حكم الدفاع عنهما (٢) كما أنهم يرون أن الشروع فى جريمة الزنا كالاستمتاع بما دون الفرج والقبلة والمعاقبة يبيح الدفاع عن العرض كما يبيحه التلبس به (٣) .

* *

● الحنابلة :

ويرى الحنابلة أن من وجد رجلا يزنى بامرأته أو بنته أو أخته أو نحوهن ، ولم ينلغ عن جرمته الا بالقتل فقتلها فلا قصاص عليه ولا دية . إن ثبت الزنا بالبينة أو صدقه على ذلك ولى القتل . فإن لم يثبت فعليه القصاص .

وقد استدلوا لذلك بما روى عن الإمام على رضى الله عنه . فقد سئل عن من وجد مع امرأته رجلا فقتله فقال : « إن لم يأت بأربعة شهداء فليعط برمته » (٤) . وبقضاء سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه : فيبينما كان جالسا جاءه رجل يعدو ، وفى يده سيف ملطخ

(١) الأم ج ٦ ص ٢٥ ، ٢٦ ، وانظر فتح البارى ج ١٥ ص ١٩٠

(٢) مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٤

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٦ ، ومغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٤

(٤) فتح البارى ج ١٥ ص ١٩٠

بالدم ، ووراءه قوم يعدون خلفه • فجاء حتى جلس عند عمر ، ثم جاء الذين يعدون وراءه فقالوا : يا أمير المؤمنين ، إن هذا قتل صاحبنا • فقال عمر : ما يقول هؤلاء ؟ فقال الرجل : يا أمير المؤمنين ، ابى ضربت فخذي امرأتى بالسيف ، فإن كان بينهما أحد فقد قتلت • فقال عمر : ما يقول ؟ قالوا : يا أمير المؤمنين ، انه ضرب بالسيف فوق وسط الرجل وفخذي امرأته فقطعه باثنين • فأخذ عمر سيفه فهزه ثم دفعه للرجل وقال : ان عادوا فعد ، ولأن الأصل العصمة (١) •

ونخلص مما أورده الحنابلة الى أنه يفهم مما روى عن سيدنا علي ، أن القاتل ان أثبت واقعة الزنا بالبينة يذهب دم القاتل هدرًا ، لا قصاص فيه ولا دية • كما أنه يتضح مما روى عن سيدنا عمر ، أن أولياء القاتل مفرون للقاتل بأنه قتل المعتدي بن فخذي زوجته ، فهو اذن قتله حال تلبسه بالزنا باقرارهم • كما يتضح أن الحنابلة لم يفرقوا بين حكم الزانى الثيب والبكر اذا قتل فى حال الدفاع عن العرض •

● مقارنة :

يتضح من آراء فقهاء المذاهب الأربعة أنهم متفقون على إباحة الدفاع عن العرض ، سواء أكانت المعتدي عليها زوجة أو محرماً • فمن يجد شخصاً يزنى بأى من زوجه أو محارمه يجب عليه دفعه بما دون القتل ، فإن اقتضى الدفاع قتل المعتدي فقتله ، فإن أثبت الزنا بالبينة أو ثبت باقرار أولياء القاتل ، فقد يكون القاتل ثيباً أو بكراً •

فإن كان القاتل محصناً فقد اتفقوا على أنه يذهب دمه هدرًا لا دية فيه ولا قصاص • وإن كان بكراً فقد اتفق الحنفية والحنابلة

(١) انظر كشف القناع ج ٦ ص ١٥٦ ، والمغنى ج ٩ ص ٣٣٦ ، ج ١٠ ص ٣٥٣ ، ونيل المأرب ج ٢ ص ١٤٩

وابن عبد الحكم - المالكي - على أنه يذهب ههنا لا دية ولا قصاص . وانفرد الشافعية بالقول بأن على قاتله القصاص لأنه ليس على البكر قتل في الزنا . وخالف جمهور المالكية فقهاء المذاهب فأوجبوا فيه دية القتل الخطأ ، على اعتبار أن القاتل معذور بمفاجأته بالزنا بأهله ، والغيرة التي صيرته كالمجنون . كما يتضح أن بعض الحنفية والشافعية يجعلون الشروع في جريمة الزنا مبيحا للدفاع عن العرض كما يبيحه التلبس بها فعلا .

ونخلص من هذه الآراء إلى أن ما اتفق عليه الحنفية والحنابلة وابن عبد الحكم ، وهو إهدار الزاني مطلقا سواء أكان بكرا أو ثيبا ، إن اقتضت حالة الدفاع قتله ، هو الرأي الذي يتفق ومبدأ الدفاع الشرعي ، لأن الدفاع سبب من أسباب الإباحة التي تلحق بأصل الفعل الذي يقوم به المدافع وتمحو عنه صفة الجريمة ، فلا تترتب عليه أية مسئولية جنائية كانت أو مدنية^(١) .

كما أن المعتدى على عرضه يؤدي واجبا تعين عليه القيام به ، وهو دفع العدوان الحال على عرضه ، وإزالة المنكر الذي يشاهده ماثلا أمامه . وأن الزامه بالضمان سواء أكان ضمافا جنائيا أو مدنيا يتنافى والقيام بهذا الواجب ويظل بأدائه . وأن المعتدى على عرضه عندما يباشر حقه في الدفاع لا يقيم حدا على الزاني في فعل قد انقضى حتى يفرق فيه بين حد الثيب والبكر ، وإنما يدفع عدوانا حالا اقتضى منع الاستمرار فيه قتل المعتدى . ويؤيد ذلك أن سيدنا عمر رضي الله عنه عندما فضى في حادثة الرجل الذي قتل المعتدى بين فخذى امرأته ، لم يفرق بين ما إذا كان القاتل محصنا أو بكرا ، بل أهمله مطلقا كما يظهر من سياق الحادثة . وأن سيدنا عليا رضي الله عنه حين أجاب سائله بقوله : « إن لم يأت بأربعة شهداء فليعط برمته » لم يفرق كذلك بين الثيب والبكر .

(١) انظر ص ١٤ من هذه الرسالة .

ويتضح مما أورده الفقهاء أن إثبات واقعة الزنا بالبينة ، أو باقرار أولياء القتيل ، ليس هو الأصل فى استباحة دم المعتدى . وإنما الأصل فى ذلك حدوث الاعتداء بالزنا . وأن البينة أو الاقرار ما هى الا وسيلة للتأكد من حدوث ذلك العدوان . ولبراءة القاتل من الناحية القضائية . وهى اجراء قضائى وقائى لكى لا يتتابع أناس فى استباحة دماء آخرين بمجرد ادعائهم بغير حق . قال أناس لسعد بن عباد : « يا أبا ثابت ، قد نزلت الحدود ، أرأيت لو وجدت مع امرأتك رجلاً كيف كنت صانعاً ؟ فقال : كنت ضاربه بالسيف حتى يسكن . أفأنا أذهب وأجمع أربعة فالى ذلك قد قضى الخائب حاجته فأطلق وأقول : رأيت فلاناً ، فيجلدونى ولا يقبلون لى شهادة أبدا . فذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « كفى بالسيف شاهداً » ، ثم قال : « لولا أنى أخاف أن يتتابع فيها السكران والغيران » (١) .

فإن قول سعد بمثابة الفتوى لسائليه بدفع الزانى المتلبس بجريمة الزنا بالسيف - وسيلقى بالسيف حتفه - ولم يفرق بين الثيب والبكر . ويؤكد الرسول صلى الله عليه وسلم يقره على رأيه ولكنه يخاف أن يتتابع فى ذلك السكران والغيران . وفى مطالبة القاتل بالاثبات تحوط لهذه الخشية .

● دفاع المرأة عن عرضها :

من الواجب على المرأة أن تصون نفسها وغفتها ، وأبذ تدفع الاعتداء على عرضها . ولا يجوز أن تمكن من نفسها ولو كانت مكرهة ولو أدى الدفاع الى هلاك نفسها . وذلك لأن التمكين من نفسها محرم وفى ترك الدفاع نوع من التمكين . ولأن الزنا لا يباح بالاكره فيحرم عليها أن تستسلم لمن اعتدى عليها ليزنى بها ولو خافت على نفسها (٢) .

(١) فتح البارى ج ١٥ ص ١٩٠

(٢) تحفة المحتاج ج ٧ ص ٦٥٤ ، ونهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٢

فلو أكره شخص امرأة ليزنى بها فدفعتة عن نفسها ولم يكن فى مقهورها الخلاص منه الا بقتله فقتلته ، فيذهب هدرًا ، لا دية فيه ولا قصاص^(١) . « وكذلك لو راودها على نفسها فقتلته لتحصن نفسها فلا شيء عليها »^(٢) . واستدل لذلك بما رواه الزهرى وهو أن رجلا أضاف ناسا من هذيل فأراد امرأة على نفسها فرمته بحجر فقتلته فقال عمر: « والله لا يودى أبدا » ولأنه اذا جاز الدفع عن المال الذى يجوز بذله وابتاعته ، فدفع المرأة عن نفسها وصياتها عن الفاحشة التى لا تباح بحال أولى^(٣) . ولأنه مأذون فى قتله شرعا لدفعه عنها^(٤) .

والذى نراه أنه ينبغى التفرفة بين الاكراه الملجئ والاكراه غير الملجئ فيحرم عليها التمكين فى حالة الاكراه غير الملجئ ، ولا يحرم عليها فى حالة الاكراه الملجئ لأن الاكراه الملجئ يفسد الارادة ويعدم الاختيار فتنتفى المسؤولية وبالتالي تبتنى الجريمة .

* * *

● الدفاع عن العرض فى القانون :

لقد نص قانون عقوبات السودان على الدفاع عن النفس والمال ، ولم ينص صراحة على الدفاع عن العرض . ولكن يدخل فى عموم نصه على دفاع الشخص عن جسمه ، ضد الجرائم التى تؤثر فى سلامة الجسم (مادة ١/٥٦) الجرائم التى تمس جسم الانسان ، وتتصل بعرضه المحددة فى المواد (٣١٦ - ٣١٩) وهى جرائم الاغتصاب والجرائم الجنسية الأخرى^(٥) .

(١) الفتاوى البزازية المسماة الجامع الوجيز بهامش الجزء السادس من الفتاوى الهندية - ابن البزاز - الطبعة الثانية (١٣١٠ هـ) المطبعة الأميرية ج ٦ ص ٤٣٢ ، ٤٣٣ ، وسأشير اليه بالجامع الوجيز ، والدر المختار ورد المختار ج ٤ ص ٦٣ ، ٦٤

(٢) المفنى ج ١٠ ص ٣٥٢ ، ٣٥٤ (٣) المرجع السابق

(٤) كشاف القناع ج ٦ ص ١٥٦

(٥) Gledhill op cit, p. 132 ومعلقا عليه ص ٧٨

فكل شخص يواقع امرأة رغم ارادتها ، وبدون رضاها (مادة ٣١٦) أو يرتكب فعلا فاحشا على جسم شخص آخر بغير رضاه (مادة ٣١٩) ، أو يهجم على امرأة ، أو يستعمل معها القوة الجنائية ، قاصدا أو عالما بأن ذلك يخلش حياتها (مادة ٢٩٩)^(١) يرتكب فى حقها فعلا محظورا بموجب القانون . ويجوز لها قانونا أن تدفع عن نفسها وعفتها كل شخص يرتكب ، أو يحاول أن يرتكب معها جريمة من الجرائم الواردة فى المواد المشار إليها .

ففى قضية حكومة السودان - ضد : أجوك أقانى التى تشير وقائعها الى أنه فى ليلة التاسع من مايو ١٩٥٩ ذهب المجنى عليه وهو ترمى القرية ، الى منزل المهمة التى كان زوجها فى مأمرية رسمية ، وطلب منها أن يواقعها سفاحا ، فأبت أن تستجيب لطلبه . ورغم رفضها هدها بالسكين وحاول اغتصابها . فانتزعت السكين من يده ، وطعنته طعنة قاتلة ، أودت بحياته ، فحكمت المحكمة بإدانتها بتهمة القتل، الذى لا يرقى لدرجة العمد . وعند عرض الحكم على السلطة المؤيدة رفضت تأييده ، وقال فى ذلك القاضى عبد المجيد امام : « اتنى أرفض تأييد كل من الادانة والحكم ، وأمر باطلاق سراح المتهم فى الحال ، لأن هذه حالة واضحة من حالات الدفاع عن النفس ، التى تنطبق عليها المادة رقم (٦١) من قانون العقوبات . وأن من حق المعتدى عليها أن تدفع عن عفتها أى هجوم وحشى من شخص سكير وبهيمى ، مصر على ارغامها . وفد جرحها فعلا بنفس السكين التى واجه بها مصيره ولم يكن ليتركها الا بعد استباج شهوته . وفى مثل هذه الظروف - كما أتصورها - أن المعتدى عليها لم تتجاوز حقها فى الدفاع . وأن قتلها للمجنى عليه ليس جريمة . وهى بذلك تنتفع بحق الدفاع الكامل حسبما جاء بالمادة رقم (٥٥) من قانون العقوبات »^(٢) .

(١) معلقا عليه ص ٤٦٧ ، ٤٧٢

(٢) المجلد الفضائية (١٩٦٠ م) ص ٦١

من الواضح أن القانون أعطى المرأة الحق أن تدفع عن عرضها
أي اعتداء حال أو على وشك الوقوع ، باعتبار أن خطر هذا الاعتداء
يمس جسمها ، كما هو ظاهر من هذه الواقعة وأمثالها^(١) . ولكن هل
يعطى القانون هذا الحق للزوج في الدفاع عن عرض زوجته بحكم
رابطة الزوجية القائمة بينهما ؟ فإذا وجدها في أحضان رجل يزنى بها
وهي طائعة مختارة يحق له دفعه عنها بضربه أو قتله ، ولا تقع على عاتقه
أيه مسؤولية جنائية أو مدنية ؟

إن حق الزوج في الدفاع عن عرض زوجته بحكم رابطة الزوجية
القائمة بينهما ، ليس واضحا في قانون العقوبات . مع أن المشرع يعتبر
الزنا بأمرأة متزوجة جريمة معاقبا عليها بمقتضى المادة رقم (٤٢٩)
التي نصها : « كل من يواقع زوجة رجل آخر مع علمه أو وجود ما يحسبه
على الاعتقاد بأنها زوجة ذلك الرجل الآخر ، ولم تبلغ الواقعة حد جريمة
الاغتصاب ، يرتكب جريمة الزنا ، ويعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز سنتين ،
أو بالغرامة أو بالعقوبتين معا » .

وإن جريمة الزنا تعتبر في قانون عقوبات السودان جريمة مرتكبة
ضد الزوج عن طريق انتهاك رابطة الزوجية التي تربطه بزوجه من جانب
شخص ثالث أجنبي عنهما^(٢) .

وواضح من السوابق القضائية ، وممارسات المحاكم الجنائية أن
الزوج الذي يجد زوجته بين أحضان رجل فيقتله في الحال ، لا تبرأ
ساحته من التجريم مطلقا ، ويكون مسئولا جنائيا عن فعله . ولكنه يعتبر

(١) انظر قضية حكومة السودان - ضد : اسورو لو توريت (١٩٦١م)
المجلة القضائية ص ٥٨

(٢) معلقا عليه ص ٦٦٢

واقعا تحت استفزاز شديد ومفاجيء»^(١) (greve and sudden provocation) يعدل ماهية جرميته من القتل العمد (Murder) الى القتل الجنائي الذي لا يصل الى درجة العمد^(٢) (Culpable homicide not amounting to murder) فيستفيد بالاستثناء الوارد في المادة رقم (٢٤٩ / ١) من قانون العقوبات ، ويعاقب بموجب المادة رقم (٢٥٣) منه .

ففي قضية حكومة السودان - ضد : بابكر محمد مبلول (١٩٥٦ م) في احدى الليالي ، وجد المتهم المجنى عليه على فراش زوجته ، فقام بطعنهما ، مما ترتب عليه ازهاق روح المجنى عليه . فقضت محكمة الاستئناف بأن المتهم قد ارتكب جريمة القتل اثر استفزاز شديد ومفاجيء ، مما جعله مرتكبا لجريمة القتل الذي لا يصل الى درجة العمد^(٣) . وكذلك الحكم في قضية حكومة السودان - ضد : حسين ادريس الذي وجد زوجته حكما^(٤) في علاقة غير مشروعة مع عشيقها فقتله^(٥) .

إذا أخذنا بنصوص القانون ، والسوابق القضائية كوقائع تطبيقية ، تفسر مدلوله وتشرح معناه ، وما يرمى اليه ، يتضح أن قانون العقوبات يبيح للمرأة الدفاع عن عرضها ، على أساس أن الاعتداء على عفتها ،

(١) الاستفزاز هو : « أى فعل غير مشروع ، أو أى اهانة يكون من شأنها عند حصولها ، أن يفقد الشخص القدرة على امتلاك قيادة نفسه ، وتحمله أو يحمله على اتيان أى تهجم من النوع الذى ارتكبه الجاني على الشخص الذى صدر منه الفعل ، أو صدرت منه الاهانة » معلقا عليه ص ٣٧٣ ولأغراض البحث يمكن تعريف الاستفزاز حسب هذا التعريف الذى أورده الأستاذ محمد محبى الدين .

(٢) انظر معلقا عليه ص ٣٩-٤١ ، شرح الاستفزاز ، وانظر انواع القتل فى نفس المصدر ص ٣٦٣

(٣) المجلة القضائية (١٩٥٦ م) ص ٣٦

(٤) الزوجة حكما هى المطلقة التى لم تنقض عدتها .

(٥) المجلة القضائية (١٩٦١ م) ص ١١٦ ، وانظر حكومة السودان -

ضد : آدم صالح تبين (١٩٥٧ م) المجلة القضائية ص ٧٢

فيه مساس بجسمها . ولا يربط على فعلها أية مسئولية ، اذا استعملت حقها في الدفاع استعمالا مشروعاً ، في الحدود التي كفلها القانون .
كما أنه يبيح للزوج أن يدافع عن عرض زوجته في الحدود التي يبيح له فيها القانون الدفاع عن الغير . ولا يعطيه حق الدفاع عن عرضها ، بحكم رابطة الزوجية القائمة بينهما ، أو كقيمة معنوية للعرض . ولكنه اذا قتل شخصاً حال الوقاع بزوجه ، يعتبر واقعا تحت استفزاز شديد مفاجيء ، لا يعفيه من المسؤولية الجنائية بالكلية ، ولكنه يعدل صفة جريمته من القتل العمد الى القتل الجنائي الذي لا يرقى الى مرتبة العمد .

وبالتالي يخفف عقوبته ، ويخرجها من نطاق المادة رقم (٢٥١) الى نطاق المادة رقم (٢٥٣) من قانون العقوبات . ويؤخذ على المشرع السوداني في هذا الموقف أنه لم يراع بيئة وأخلاق وتراث الذين شرع لهم قانون العقوبات . ولعله متأثر في ذلك بالمشرع الانجليزي الذي تختلف بيئته عن بيئتنا اختلافاً كبيراً .



● مقارنة :

وبمقارنة أحكام الشريعة الاسلامية بالقانون ، يتضح أنهما يتفنان على اباحة دفاع المرأة عن عرضها ، مع مراعاة أن دفاع المرأة عن عرضها في القانون قائم على أساس أن في الاعتداء على غفها مساساً بجسمها ، وليس على أساس أن للعرض قيمة معنوية يلتزم القانون بحمايتها ، كما هو الحال في الشريعة الاسلامية . ويختلفان على اباحة دفاع الزوج عن عرضه . فان جمهور الفقهاء يرى أن للزوج الحق أن يدفع عن زوجته من يزن بها ، ولو أدى الدفاع الى قتله ، ولا مسئولية عليه فيه ، لا من الناحية الجنائية ، ولا من الناحية المدنية ، بينما يجعله القانون مسئولاً عن فعله . ولكنه يلتبس له العذر لوقوعه تحت تأثير استفزاز شديد ومفاجيء يفقده القدرة على امتلاك قيادة نفسه ، فيعدل ماهية

جريمته من القتل العمد الى القتل الجنائي الذى لا يرقى الى درجة العمد ،
ويخفف عقوبته من طائلة المادة رقم (٢٥١) الى المادة رقم (٢٥٣) •
وما أخذ به القانون قد يتفق مع ما ذهب اليه بعض المالكية •
فإن البعض منهم يرى أن الزوج اذا قتل الزانى المحصن • وثبت الزنا
بالبينة لا يقتل به قصاصا ، ولكن يؤدب لاقتيانه على السلطة بتعجيل
قتله ، واداء كإن السجن تأديبا فيلتقيان في هذا الاتجاه •

كذلك يرى ابن القاسم - المالكي - وبعض المالكية ، أن
الزوج عندما يجد شخصا يزنى بزوجته ، يصيبه من الغيرة ما يجعله
كالمجنون ، فيخرج عن عقله ، ولا يكاد يملك نفسه ، فيكون فى حكم
المغلوب الذى لا عقل له ، فكانت جنايته خطأ ، فلا قصاص عليه فى الشيب
والبكر ، ولكن عليه دية القتل الخطأ فى قتل الزانى البكر • ووصف
بعض المالكية للزوج بهذا الوصف حينما يفاجأ برجل على امرأته ،
يطأ بى وصف الاستفزاز الشديد المفاجيء ، الذى أخذ به القانون • غير أن
القانون خفف عقوبته الى السجن ، وخففها ابن القاسم ومن قضا نحوه
الى دية القتل الخطأ بدلا عن القصاص (١) فكلاهما جعل الزوج معذورا
للظروف التى أحاطت به ، وخفف عقوبته لعذره •

وكذلك أعطت الشريعة الشخص حق الدفاع عن أعراض محارمه ،
باعتبار أن الدفاع عن أعراضهن دفاع عن عرضه ، لأن المساس بأعراضهن
مساس مباشر لعرضه الذى هو موضع المدح والذم منه ، والقيمة المعنوية
التي يجب عليه صيانتها والمحافظة عليها • ولم يأخذ القانون السودانى
بما أخذت به الشريعة الاسلامية فى هذا الاتجاه •

ويرجع الاختلاف الكبير بين الشريعة والقانون فى هذه الناحية
الى عدم مراعاة المشرع لبيئة وأخلاق وتراث الدين وضع لهم قانون

(١) أنظر ص ٩٣ من هذه الرسالة •

المعفوآت ليحتكموا اليه ، لتأثره بأصول الشريعة الانجليزية العامة ،
انى وضعت لبينة تختلف عن البيئة التى شرع فيها القانون السودانى ،
والى اختلاف المصدر الذى يستند اليه كل منهما . فان الشريعة من
عند الله تعالى ، فهو مصدرها . وهى قائمة على الدين ، فهى من صنع
الله تعالى الذى لا تخفى عليه حاجة البتيرية ، فشرعها ملائمة لكل بيئة
فى كل زمان ومكان . وأن مصدر القوانين هم البشر الذين يضعونها
لتنظيم حياتهم بحسب حاجتهم وفى مدى فهمهم وادراكهم ، وهى من
عنهم ، وشتان ما بين المصدرين والصانعين .

كما ان الشريعة تقوم على الايمان بالغيب والبعث بعد الموت ،
والايمان بالحساب والعقاب فى الدار الآخرة . فهى تجعل من ضمير
الفرد حارسا عليه ، ووازعا يحمله على عمل الطيبات واجتناب المنهيات ،
ويحول بينه وبين ارتكاب المعاصى فى الدنيا ، طمعا فى خير الدار الآخرة،
ويصلح أمره فى الدارين معا . كما أنها تجعل الأخلاق الماضلة الدعامة
الاولى التى يقوم عليها بناء المجتمع ، وتحرص على صيانتها حرصا يجعلها
تعاقب على كل الأفعال التى تمس بها . وبينما تؤمن بعض الشرائع
الوضعية بالغيب ، فانها لا تؤسس عليه قاعدة قانونية ، ولا تعنى بالمسائل
الأخلاقية الا اذا أصاب ضررها المباشر الأفراد أو الأمن ، أو النظام
العام . فالزنا مثلاً جريمة أخلاقية خطيرة ، تحرمها الشريعة تحريماً قطعياً ،
فتعاقب عليها فى الدنيا وتحاسب عليها فى الآخرة . لذلك أباحت للشخص
حق الدفاع عن عرضه ، ولو كان الزنا قائماً على الرضا ، بينما لا يرى
القانون ذلك ، فلا يعجزم الزنا اذا كان قائماً على الرضا ، من شخص
أهل للرضا^(١) ، ولا يعجزمه الا اذا قام على الاكراه ، أو انعدام الرضا ،
لأن ضرره المباشر يمس الأفراد والنظام العام فى هاتين الحالتين^(٢) .

(١) الا اذا كانت المرأة متزوجة .

(٢) التشريع الجنائى الاسلامى ج ١ ص ٧٠ ، ٧١ ، والدعائم الخلفية
للقوانين الشرعية - محمضانى - الطبعة الاولى (١٩٧٣ م) دار العلم
للملايين ، بيروت ص ٤٧

المبحث الرابع

الدفاع عن حرمة المسكن والستر

● حرمة المسكن في الفقه الاسلامي :

لكل انسان في المجتمع الذي يعيش فيه كيانه الخاص ، وذاتيته المستقلة استقلالاً لا يفصلها كلياً عن الآخرين • لارتباطه بهم بحكم العلاقات المشتركة ، التي تحددها القوافين والأخلاق والعادات والسلوك ، كعلاقات القرابة والجوار والتعامل ، التي تقتضي التواصل والتزاور والاختلاط ، ورغم هذا لم ينب^(١) الاسلام ذاتية الفرد وكيانه الخاص في خضم هذه العلاقات ، بل جعل لها حدوداً وحرماً • ومن تلك الحرمات التي وجهت اليها الشريعة الاسلامية اهتمامها ، وأحاطتها بسياج منيع من الحماية والعناية : حرمة البيوت • لأن البيت فوق أنه حق للمالك ، ومأوى للسكان ، ومكان للاستقرار ، ذو صلة لصيقة بخصوصية الشخص التي هي عرضه ، من زوجات ومحارم • وهو الستر الذي يستر هذا العرض ، ومكان الاطمئنان الذي تتحرك في داخله الأسرة حرة طليقة ، دون خوف من رقيب ، أو تطلع متطفل •

واقتهاك حرمة البيوت ، ودخولها بغير إذن ساكنيها ، يقلق راحتهم ، ويزعزع أمنهم واطمئنانهم وسكينتهم • ويكشف عوراتهم ما لا يحبون أن يطلع عليه أحد سواهم • وهي عورات كثر ، عورات البدن ، وعورات الطعام ، وعورات الأثاث ، وعورات السلوك • واقتهاك حرمة البيوت مجال لوقوع النظر على الأجنيات الغافلات ، ومدعاة الى الريبة والنجور ، واشاعة الفاحشة التي حرماها الله في قوله : ﴿ قل إنما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها وما بطن ﴾ (٢) •

(١) بضم الباء وجر الدال وتسكين الباء - من الاذابة •

(٢) الاعراف : ٣٣

وكما حرمت الشريعة الاسلامية الفواحش ، حرمت كل أسبابها ودواعيها . فلا يحل لأحد أن يتطلع على عورات شخص ، أو يدخل منزله بغير اذنه ، ولا أن ينتهك ستره وينظر الى محارمه . قال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتَسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا ، ذَلِكَ خَيْرٌ لَكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ . فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا فِيهَا أَحَدًا فَلَا تَدْخُلُوهَا حَتَّى يُؤْذَنَ لَكُمْ ، وَإِنْ قِيلَ لَكُمْ ارْجِعُوا فَارْجِعُوا ، هُوَ أَزْكَى لَكُمْ ، وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ۝ (١) ۝

● منع دخول البيوت :

قد بين الله في هاتين الآيتين حرمة البيوت ، فلا يحل لشخص أن يستبيح حرمة منزل شخص آخر ، ويدخل بغير اذنه ورضاه ، الا لضرورة تبيح دخوله ، فان استباح تلك الحرمة ، ودخل غير مأذون فهو متعمد بالدخول ، سواء دخل ليلاً أو نهاراً ، مسلحاً أو أعزل ، لأن الدخول في حده ذاته اعتداء على حق الملكية ، وفوق ذلك مظنة لهتك الأستار وكشفها .

وقد اتفق الفقهاء على أنه يجوز لرب المنزل أن يمنع الداخل ، فان لم يمتنع يجوز له أن يدفعه بالأسهل فالأغلظ ، من الوسائل ، حتى يكف عدوانه ، ولو أدى الى هلاكه . فان ناشده بالقول فلم ينصرف عنه ، أو دفعه بالضرب ونحوه بعد المناشدة ، فأدى ذلك الى قتله ، أو تلف عضو من أعضائه ، يذهب هدراً ، ولا ضمان فيه على رب المنزل (٢) ولا يختلف الحكم ، سواء دخل الدار فعلاً ، وأمره ربها بالخروج فلم

(١) النور : ٢٧ ، ٢٨

(٢) المبسوط ج ١٠ ص ١٧٧ ، والجامع الوجيز ج ٦ ص ٤٣٣ ، ورد المختار ج ٦ ص ١٩٩ ، وشرح الخرشى ج ٨ ص ١٠٤ ، ١٠٥ ، والام ج ٦ ص ٢٨ ، واسنى المطالب ج ٤ ص ١٧٠ ، والمغنى والشرح الكبير ج ١٠ ص ٣١٦ ، ٣١٧ ، ٣٥١ ، ٣٥٢

يخرج ، أو أراد دخولها فمنعه فلم يمتنع . يقول الجصاص : « من دخل دار قوم ، أو أراد دخولها فمأنعه فذهبت عينه ، أو شيء من أعضائه فهو هدر » (١) .

وقد جاء رجل الى الحسن فقال : « لص دخل بيتي ومعه حديدة أقتله ؟ قال : نعم بأى قتلة قدرت أن تقتله » (٢) .

والحالة التي يعرف بها الداخل سواء أكان معتديا ، أو مستنجدا ومخنيا ، تخضع لتقدير واجتهاد رب المنزل ، في ظل الظروف التي يدخل فيها الداخل . فإن أداه أغلب ظنه الى أنه معتد ، يريد قتله أو سلب ماله ، يباح له دفعه بالأسهل فالأسهل فالأغلظ ، وإن أداه أغلب ظنه الى أنه هارب من اللصوص ونحوهم ، ودخل منزله ليحتمي به ، فلا يباح له دفعه . لأن هذه الحالة من حالات الضرورة التي تبيح دخول منزل الشخص بغير اذنه (٣) .

* * *

● التعدي على المنزل (٤) :

• اذا تسلى شخص حائط شخص آخر أو حاول كسر بابيه أو شباكاه، أو ثقب حائطه من الخارج ، بقصد الدخول فيه (٥) فقد اختلف في ذلك الامام وصاحبه . فالامام يرى اباحة قتله ان قدر عليه رب المنزل . ويستدل لذلك بقوله صلى الله عليه وسلم : « من قتل دون ماله فهو شهيد » (٦) ولا يكون شهيدا الا وهو مأمور بالقتال ان أمكنه ، فتضمن ذلك ايجاب قتله ان قدر عليه (٧) يقول الجصاص : « قال أبو بكر :

(١) احكام القرآن ج ٣ ص ٢٨٥

(٢) المغنى والشرح الكبير ح ١٠ ص ٣١٦ ، ٣٥١ ، ٣٥٢

(٣) المبسوط ج ١٠ ص ١٧٧ ، والجامع الوجيز ج ٦ ص ٤٣٣ ،

ورد المختار ج ٦ ص ١٩٩

(٤) يقابله في القانون الكسر المنزلى (House breaking)

(٥) المبسوط ج ٢٤ ص ٥١

(٦) انظر ص ٤٦ من هذه الرسالة .

(٧) احكام القرآن ج ٢ ص ٤٩٠

ذكر ابن رستم عن محمد عن أبي حنيفة أنه قال في اللص ينقب البيوت :
يسعك قتله لقوله صلى الله عليه وسلم : « من قتل دون ماله فهو شهيد »
ولا يكون شهيدا الا وهو مأمور بالقتل ان أمكنه ، فقد تضمن ذلك
ايجاب قتله اذا قدر عليه « (١) » .

ويرى أبو يوسف أن على رب المنزل أن يحذره عن الاستمرار في
فعله ، فان امتنع لا يجوز أن يتعرض له ، وإن لم يستمع فله أن يرميه
بما يدفعه ويكفه عن فعله . ويرى محمد أنه إن قتله يغرم الدية
في ماله (٢) .

والواضح من فقه المذهب ، أن المعتدى سواء أكان معتديا على
النفس ، أو المال ، يدفع بالأسهل فالأغلظ ، ولا يلجأ المعتدى عليه الى
القتل الا اذا اقتضته حالة الدفاع . فان نبه أو زجره أو دفعه بأسهل
الوسائل ، فلم يندفع عن عدوانه ، فله أن يدفعه بما يقتله . وليس في عبارة
الامام : « اللص ينقب البيوت يسعك قتله » ما يفيد تحتم قتله من أول
وهلة ، وبدون انذار ، بل السعة تقتضى أن يدفعه بالتدرج ، حتى يصد
عدوانه . يقول السرخسي : « ألا ترى أنك لو رأيت رجلا ينقب عليك
دارك من خارج ، أو دخل عليك ليلا من الثقب بالسيف ، وخفت أن
أنذرتة يضربك ، وكان على أكثر رأيك ذلك وسعك أن تقتله قبل أن
تعلمه ، اذا خفت أن يسبقك أن أعلمته » (٣) .

فيفهم مما أورده السرخسي أن الأصل أن يبدأ بدفعه بالأسهل
فالأسهل ، وهو انذاره بترك الاعتداء ، ولا يلجأ الى قتله الا اذا خاف
على نفسه أن يبادره بالضرب ، ويسبقه فيه إن أنذره . وهذه هي
حالة الدفاع التي تقتضى قتل المعتدى . فالمذهب إذن أن يدفعه بالتدرج ،
من الأسهل فالأسهل فالأغلظ . ويمكن أن يحمل ما ذهب اليه محمد من
ضمان الدية ، على مخالفة التدرج في دفعه بالأسهل فالأسهل ، والابتداء

(١) احكام القرآن ج ٢ ص ٤٩٠ ، وانظر ص ٣٧ من نفس المصدر

(٢) الجامع الوجيز ج ٦ ص ٤٣٢

(٣) المبسوط ج ٢٤ ص ٥٠ ، ٥١ ، وانظر الدر المختار ج ٦ ص ٥٤٦

بدفعه بما يقتله • وما ذهب اليه أبو يوسف هو الرأى الموافق لنهج
فقهاء المذهب فى دفع الصائل بالأسهل فالأسهل فالأغلظ •

● الدفاع عن السستر :

كما لا يحل لشخص أن يدخل منزل شخص بغير اذنه ، لا يحل له
أن يعتمد النظر الى داخله ، ويتطلع على ثوراته أو ينظر الى محارمه • فإن
استباح ذلك ، فنظر من تقب ، أو شق باب ونحوه ، فلصاحب المنزل
أن يدفعه عن النظر فى داخل منزله بالأسهل فالأسهل • فإنه أدى الدفع
الى تلف عينه أو فقتها ، فقد اختلف الفقهاء فى الأثر المترتب على هذه
الجناية من حيث لزوم ضمانها أو اهدارها •

فذهب الشافعية والحنابلة ، وبعض المالكية ، الى أنه اذا فطر
شخص فى منزل شخص ، فرماه صاحب المنزل بشيء ففقأ عينه ،
فلا ضمان عليه فى ذلك • وتذهب عينه هدرا • واستدلوا بما رواه
أبو هريرة ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لو اطلع أحد
فى بيتك ولم تأذن له فخذفته بحصاة ففقأت عينه ما كان عليك من
جناح » (١) •

(١) صحيح البخارى ج ٩ ص ٨ وقد ورد الحديث فيه بهذه الصيغة:
« ولم تأذن له فخذفته بحصاة ففقأت عينه ... » الحديث ، وفى رواية الأخرج
عن أبى هريرة : « لو أن امرأ اطلع عليك بغير إذن فخذفته بحصاة ففقأت
عينه لم يكن عليك جناح » المصدر نفسه ج ٩ ص ١٣ ، وجاء فى السنن
الكبرى للبيهقى ج ٨ ص ٣٣٨ ، ٣٣٩ عن أنس بن مالك : « أن رجلا اطلع
فى بعض حجر النبى ﷺ فقام اليه رسول الله ﷺ بمشقص - أو مشاقص -
فذهب رسول الله ﷺ نحو الرجل يختله ليطعنه » • وعن سهل عن أبيه
عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « من اطلع فى بيت قوم بغير اذنهم
فقد حل لهم أن يفقوا عينه » رواه مسلم • وفى رواية سهل بن أبى صالح
عن أبى هريرة أن النبى ﷺ قال : « من اطلع فى دار قوم بغير اذنهم ففقؤا
عينه هدرت عينه » وعن بشير بن نهيك عن أبى هريرة عن النبى ﷺ
قال : « من اطلع على قوم بغير اذنهم فرموه فاصاب عينه فلا دية له
ولا قصاص » وعن نافع أن ابن عمر أخبره أن رسول الله ﷺ قال :
« لو أن رجلا اطلع فى بيت رجل ففقأ عينه ما كان عليه فيه شيء » •

وفى رواية : « فلا قود ولا دية » ^(١) . وعن سهل بن سعد :
« أن رجلا اطلع فى حجر من باب النبى صلى الله عليه وسلم وكان
رسول الله صلى الله عليه وسلم يحك رأسه بمدى فى يده ،
فقال صلى الله عليه وسلم : لو علمت أنك تنظرفنى لطعنت بها فى
عينك » ^(٢) .

والمعنى المراد من الحديث ، منع النظر الى منزل المنظور اليه ،
ومنع التطلع الى حرمه ، سواء أكن مستترات ، أم غير مستترات لعموم
الحديث ، ولأن رب المنزل يريد سترهن عن الأعين ، ولو كن
مستترات ^(٣) . وأن قوله صلى الله عليه وسلم : « لو علمت أنك تنظرفنى
لطعنت بها فى عينك » يدل على جواز رمى المطلع لأنه صلى الله عليه
وسلم ما كان يهم أن يفعل ما لا يجوز ، أو يؤدى الى ما لا يجوز .
وأن الرواية التى صحها ابن حبان والبيهقى : « فلا قود ولا دية » ^(٤)
صرحة فى سقوط القصاص والدية . كما أن القصاص والدية جناح ،
وقد نفى صلى الله عليه وسلم الجناح عن رمى المطلع عليه . وفى رواية
سهل عن أبى هريرة : « من اطلع فى بيت قوم بغير اذنه فقد حل لهم
أن يفتقروا عينه » ^(٥) فقد أثبت حل فقه عين المطلع ، واثبات الحل ينافى
لزوم القصاص أو الدية ^(٦) .

وخلاصة ما ذهب اليه أصحاب هذا الرأى ، أنه يجوز للمطلع
على منزله أن يدفع المطلع بما يمكن دفعه به ، من الأسهل فالأسهل
فالأغلظ ، من الوسائل ، فان أدى الدفع الى فقه عينه ، أو اتلافه ،

(١) فتح البارى ج ١٥ ص ٢٦٨ متفق عليه ، وأسنى المطالب

ج ٤ ص ١٦٩

(٢) صحيح البخارى ج ٩ ص ١٣ والمغنى ج ١٠ ص ٣٥٥ ، ٣٥٦

(٣) مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٨ ، ١٩٩

(٤) فتح البارى ج ١٥ ص ٢٦٨ ، وانظر المصدر السابق ج ٤ ص ١٩٨

(٥) السنن الكبرى - الطبعة الاولى (١٣٥٤ هـ) ج ٨ ص ٣٣٨

(٦) فتح البارى ج ١٥ ص ٢٦٨ ، ٢٦٩ ، ونيل الاوطار ج ٧ ص ٣٠

فلا ضمان على رب المنزل من قصاص أو دية • ويذهب المعتدى هدرا
كما هو ظاهر من الحديث (١) •

* *

● الحنفية وأكثر المالكية :

وقد ذهب الحنفية ، وأكثر المالكية : الى أن رب المنزل يلزمه
الضمان اذا فقا عين المطلع • واستدل الحنفية بعموم قوله عليه الصلاة
والسلام : « فى العين نصف الدية » (٢) • وبأن مجرد النظر لا يبيح
الجناية على الناظر كما لو نظر من الباب المفتوح • وبقياسه على من
دخل بيت غيره ونظر فيه ، ونال من امرأته ما دون الفرج ، لم يجز
قلع عينه (٣) •

يقول الجصاص : « ولا خلاف أنه لو دخل داره بغير اذنه ،
ففقاً عينه كان ضامناً ، وكان عليه القصاص ان كان عامداً ، والأرض
ان كان مخطناً • ومعلوم أن الداخل قد اطلع وزاد على الاطلاع
الدخول » (٤) •

وحمل حديث ابى هريرة على أنه ضرب من ضروب التغليب فى
منع النظر • وآبن قوله صلى الله عليه وسلم : « من اطلع فى دار قوم
بغير اذنهم ففقوا عينه فسد هدرت عينه » من أحاديث ابى هريرة التى
ترد لمخالفتها الأصول ، والتى اتفق الفقهاء على خلاف ظواهرها •
وفال : « فابن صح الحديث فمعناه عندنا فيمن اطلع فى دار قوم ،
ناظرا الى حرمهم ونسائهم ، فممنوع فلم يمتنع فذهبت عينه فى حال الممانعة
فهذا هدر... فاذا لم يكن الا النظر ، ولم تقع فيه ممانعة ولا نهى ثم

(١) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٦ ، ٢٧ ، والمغنى ج ١٠ ص ٣٥٦

(٢) المسند ج ١١ ص ٢٢٣ حديث رقم (٧٠٣٣) بلفظ : « قصى فى العين

نصف العقل » ونصب الراية ج ٤ ص ٣٤٩

(٣) حاشية الشلبى ج ٦ ص ١١٠

(٤) احكام القرآن ج ٣ ص ٣٨٥

جاء إنسان ففقأ عينه ، فهذا جان يلزمه حكم جنايته بظاهر قوله تعالى : ﴿ العَيْنُ بِالْعَيْنِ ﴾ ... الى قوله : ﴿ والجروح قصاص ﴾ (١) . واستدل أكثر المالكية بأدلة عقلية . وهى آية النظر بمعصية ، وفقء العين بمعصية ، ولا تدفع المعصية بالمعصية . فإنه نظر الى حرم رب الدار من فتحة صغيرة « نوة » ونحوها ، لم يجوز لرب الدار أن يقصد عينه أو غيرها . فإن فعل ذلك فعليه القصاص (٢) . ولأنه لو نظر انسان الى عورة انسان بغير اذنه لم يستبح له فقء عينه . فالنظر الى الانسان فى بيته ، أولى الا يستباح به فقء عين الناظر . وحملوا حديث أبى هريرة : « لو أن امرأة اطلع عليك بغير إذن ، فخذفته بحصاة ، ففقأت عينه ، لم يكن عليك جناح » على أن المراد بنفى الجناح نفى القصاص . وأما اللدبة فلا ذكر لها ، ونفى القصاص ، لأن العين اتفقت خطأ ، لأنه لم يقصد بالرمى فقأها . وإنما قصد تنبيهه على أنه فطن به ، أو ليدافعه عن النظر (٣) .

والمالكيون القائلون بالضمان ، فرقوا بين قصد رب المنزل رمى عين الناظر ، وبين قصد زجره . فإن رماه قاصدا زجره ، ولم يكن قاصدا فقء عينه ، فاتفقت ففعله جائز ولا قصاص عليه فى العين ، ولكن تجب اللدبة على عاقلته على المعتد . وإن رماه قاصدا فقء عينه ، فاتفقت فعلا فإن فعله غير جائز ويقتض منه على المعتد ، على ما استظهره الخطاب ، وصرح به ابن شاس والقرافى وابن الحاجب . قال الخطاب : « قال فى الجواهر : لو نظر الى حريم انسان من كوة أو صر باب لم يجوز أن يقصد عينه بإبرة أو غيرها ، وفيه القود إن فعل » (٤) .

وذهب بهرام والتتائى الى أنه تلزمه اللدبة ان قصد بالرمى فقء

(١) أحكام القرآن ج ٣ ص ٣٨٥ ، ٣٨٦ - والآية من سورة المائدة : ٤٥

(٢) الفروق ج ٤ ص ١٨٤

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٣ ، وشرح الأبي ج ٤ ص ٤١٥

(٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٣

عينه ، وأما ان قصد الزجر فلا شيء عليه ، أخذنا بظاهر قول المصنف « خليل » في قوله : « أو نظر له من كوة فقصد عينه والا فلا » (١) .

● رد جمهور الفقهاء :

وقد رد جمهور الفقهاء على الذين قالوا بالضمان ، بأن قياس الناظر في منزل غيره بمن دخل منزل غيره وقال من امرأته ما دون الفرج ، قياس مع الفارق ، لأن من دخل المنزل يعلم به فيستتر منه ، بخلاف الناظر من ثقب فانه يرى من غير علم به ، وأن الخبر أولى من القياس (٢) .

وأن حصلهم الحديث على أنه ضرب من ضرب التغليظ والارهاب ، يجاب عنه بالنع ، لأن ظاهر ما بلغنا عن النبي صلى الله عليه وسلم محمول على التشريع لأمة ، الا لقريظة تدل على ارادة المبالغة (٣) .

وفي الرد على قولهم : ان الحديث من أحاديث أبي هريرة التي ترد لمخالفتها الأصول ، وأخذهم بظاهر قوله تعالى : « العين بالعين » يقول ابن القيم : « فيقال : بل هذه السنن من أعظم الأصول ، فما خالفها فهو خلاف الأصول » وقولكم : « انما شرع الله سبحانه أخذ العين بالعين » فهذا حق في القصاص ، وأما العضو الجاني المتعدى ، الذي لا يمكن دفع ضرره وعدوانه الا برمييه ، فان الآية لا تتناولها نفيا ولا اثباتا ، والسنة جاءت ببيان حكمه بيانا ابتدائيا لما سكت عنه القرآن ، لا مخالفا لما حكم به القرآن . وهذا اسم آخر غير فقهاء العين قصاصا وغير دفع الصائل الذي يدفع بالأسهل فالأسهل ... فكان أحسن ما يمكن وأصلحه وآكفه لنا وللعاني ما جاءت به السنة التي

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣٥٦ ، ومواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٢ ، ٣٢٣ ، وشرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٧

(٢) المغني ج ١٠ ص ٣٥٦

(٣) نيل الأوطار ج ٧ ص ٣٠

لا معارض لها ولا دافع لصحتها من خذف ما هنالك . وإن لم يكن هناك بصر عاد لم يضر خذف الحصاة ، وإن كان هناك بصر عاد لا يلومن إلا نفسه ، فهو الذي عرضه صاحبه للتلف » (١) .

وقد رد الجمهور كذلك على قولهم : «إن المعصية لا تدفع بالمعصية» بأن الفعل المأذون فيه ، إذا ثبت الاذن لا يسمى معصية ، وإن كان الفعل لو قبيح عن هذا الاذن يعد معصية . وأهم اتفاقوا على جواز دفع الصائل ولو أتى الدفع على نفس المدفوع ، وهو بغير الاذن بدفعه يعد معصية ، وأن دفع المطلع ملحق بدفع الصائل مع ثبوت النص فيه . وقد رد القرطبي قياسهم النظر في البيت على النظر الى عورة انسان بغير اذنه ، بأنه لم يثبت فيه اجماع بأن من قصد النظر الى عورة غير لا يباح فقه عينه . وأذ الحديث يتناول كل مطلع ، وإذا تناول المطلع في البيت مع مظنة الاطلاع على العورة فبالأولى يتناول نظرها المحقق . ويقول يحيى بن عمر (٢) : « لعل مالكا لم يلفه الخبر » (٣) .

وإن حمل الحديث على قبيح الجناح بمعنى قبيح القصاص ، وبقاء الدية لا يتم مع وجود النص برفع الحرج (٤) . وليس مع النص قياس (٥) .



● التدرج في دفع المطلع :

من ينظر في منزل غيره ، قد ينظر من باب مفتوح ، أو شباك ، أو فتحة واسعة ونحوها . وقد ينظر من تقوُب الباب ، أو فتحات

(١) اعلام الموقعين - ابن القيم - طبعة جديدة (١٣٨٨ هـ) مكتبة

الكلية الأزهرية ج ٢ ص ٣٥٥ ، ٣٥٦

(٢) من علماء المالكية ، انظر فتح الباري ج ١٥ ص ٢٦٨

(٣) فتح الباري ج ١٥ ص ٢٦٨

(٤) فتح الباري ج ١٥ ص ٢٦٨ فقد اخرج ابن أبي عاصم من وجه آخر من أبي عبيدة الحديث بلفظ : « ما كان عليك من حرج » .

(٥) فتح الباري ج ١٥ ص ٢٦٨ ، ونيل الأوطار ج ٧ ص ٣٠

صغيرة • وقد اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز لرب الدار رمي المطلع من الباب المفتوح ، أو الشباك أو الفتحات الواسعة ونحوها ، لتفريطه بفتحه • ولأن من يترك بابه مفتوحاً يستتر ولا يترك نفسه مكشوفة ، لعلمه أن الناس ينظرون إليه منه ، كما أنه يعلم بمن ينظر إليه من غير أن يأخذه على غفلة (١) •

أما من ينظر من فتحة صغيرة ، أو من شقوق الباب وتقويه ، فيجوز دفعه بالإسهل فالأسهل من الوسائل ، ابتداء من الانذار ، وإتقاء إلى رمية بما يمكن تحييته به ، من غير أن يقصد فقء عينه (٢) وللشافعية فيه وجهان ، أحدهما : لا يجوز رمي الناظر قبل انذاره ، كما لا يجوز أصابة من يقصد نفسه بالقتل إذا اندفع بالقول • وثانيهما : يجوز رمية قيل إنذاره على الأصح ، عملاً بعموم الحديث : « لو اطلع أحد في بيتك ••• » الحديث ، إذ لم يذكر فيه الانذار • وقد يقال بهذا الوجه الشيخان أبو حامد المروزي وأبو حامد الإسفراييني •

• وقد قتل فقهاء المذهب عن الإمام ما يفيد التوفيق بين الاتجاهين ، وهو أن الخلاف ، في ابتداء دفع المطلع بالانذار ، إن كان الانذار يفيد أو لا يفيد ، فأما إن كان الانذار مفيداً في دفعه فلا خلاف في وجوب الابتداء به • واستحسن هذا الراجح (٣) • قال الشرييني : « قال الإمام : ومجال التردد في الكلام الذي هو موعظة وتخجيل قد يفيد وقد لا يفيد ، فأما ما يوثق بكونه دافعاً من تخويف وزعقة

(١) حاشية الشلبى ج ٦ ص ١١٠ ، وبصرة الحكام ج ٢ ص ٣٥٧ ومواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٣ ، ومغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٨ ، والمغنى ج ١٠ ص ٣٥٦

(٢) الفتاوى الهندية الطبعة الثانية (١٣١٠ هـ) المطبعة الأميرية ج ٦ ص ٨٩ ، والفروق ج ٤ ص ١٨٤ ، والمغنى ج ١٠ ص ٣٥٥ ، ٣٥٦ (٣) المذهب ج ٢ ص ٢٢٦ ، وأسنى الطالب ج ٤ ص ١٧٠ ، ومغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٩ ، وشرح البهجة ج ٥ ص ١١٤

مرعبة فلا يجوز أن يكون في وجوب البداءة خلاف ؛ قال الرافعي :
وهذا حسن (أ هـ) وهو ظاهر» (١) .

والظاهر من مذهب الحنابلة أنه لا يشترط تقديم انذار المطلق ،
وأن المطلق عليه لو رماه من أول وهلة ، لا ضائده عليه ، ولو أمكن
دفعه بدون الرمي كما يظهر من عبارة المتن : « وإن نظر في يمينه من
خصاص الباب » أو من ثقب في جدار ، أو من كوة ونحوه ، لا من باب
مفتاح فرماه صاحب الدار بحصاة ، أو نحوها ، أو طعنه بعود
فقلع عينه ، فلا تنى عليه ولو أمكن الدفع بدونه » (٢) .

ويرى ابن القيم أنه لو أمر المطلق عليه بدفعه بالأسهل فالأسهل
لذهبت جناية عدوانه بالنظر اليه وإلى حرمة هدر (٣) .

وقال ابن قدامة في ذلك : « واتباع السنة أولى » (٤) .

وذهب ابن حامد إلى أنه يدفعه بالأسهل فالأسهل ، ويبدأ
بالانذار ، فيقول له : « انصرف » فإن لم ينصرف يشير بما يوهمه أنه
يحذفه به ، فإن لم ينصرف فله حذفه حينئذ (٥) .

وما ذهب إليه ابن حامد يوافق الوجه الأول من وجهي الشافعية .
وأنه الأقعد بدفع الصائل أن يدفع بالأسهل فالأسهل فالأغلظ ، وهو
ما درج عليه بقية فقهاء المذاهب . وكفاعة لذلك يقول القرافي :
« ويجب تقديم الانذار في كل موضع فيه دفع » (٦) .

(١) مغنى المحتاج ج ٤ ص ١ .

(٢) متن الاقناع بكشاف القناع - الحجازي - ج ٦ ص ١٥٧ .

(٣) اعلام الموقعين ج ٢ ص ٣٥٦ .

(٤) المغنى ج ١٠ ص ٣٥٦ .

(٥) المصدر السابق ج ١٠ ص ٣٥٦ .

(٦) الفروق ج ٤ ص ١٨٤ .

● اطلاع المحارم :

قد يكون المطلع في الدار ذا رحم محرم من النساء اللائي بها ، فإن كان كذلك فلا يجوز لرب الدار أن يرميه بشيء أثناء اطلاعه ، لأنه غير ممنوع من النظر الى محارمه ، ولأن له فيه شبهة . فإن رماه بشيء فأصابه فعليه الضمان - القصاص أو الدية - ان كانت المحارم مستترات بثيابهن .

أما ان كانت النساء اللائي بالدار متجردات عن ثيابهن وقصد النظر اليهن ، جاز لرب المنزل دفعه عن النظر يرميه ، لأنه يحرم عليه النظر الى ما دون السرة وفوق الركبة من محارمه كما يحرم على الأجنبي (١) .

وفد وافق بعض الحنابلة الشافعية فيما ذهبوا اليه . وذهب بعضهم الى أنه يجوز لرب الدار رميه مطلقا سواء أكان في الدار نساء أم لا ، وسواء كن متجردات أم لا ، عملا بظاهر الخبر . ولأنه لم يذكر ان كان في الدار التي اطلع فيها على النبي صلى الله عليه وسلم نساء . وأن قوله صلى الله عليه وسلم : « لو أن امرأة اطلع عليك بغير إذن فضدفته بحصاة ففقات عنه لم يكن عليك جناح » (٢) عام في الدار التي فيها نساء وغيرها (٣) .



● الدفاع عن حرمة المسكن في القانون :

كما وضعت الشريعة حرمة للمسكن ، كذلك فعل القانون ، وأحاطه بالحماية باعتباره ملكا للشخص ، ومكانا لراحته واستقرار ساكنيه ،

(١) الأزم ج ٦ ص ٢٨ ، والمهذب ج ٢ ص ٢٢٦ ، ٢٢٧ ، ومغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٨

(٢) صحيح البخارى ج ٩ ص ١٣ .

(٣) المغنى ج ١٠ ص ٣٥٦ ، وكشاف القناع ج ٦ ص ١٥٧

ومكانا لتأمين حريته الشخصية ، وحفظ أمتته^(١) وهو كل بناء أو خيمة أو سفينة تستعمل كسكن للإنسان ، كما تنص على ذلك المادة رقم (٣٨١) من قانون العقوبات : « كل من يرتكب تعديا جنائيا بالدخول أو البقاء فى أى بناء أو خيمة أو سفينة ، تستعمل كسكن للإنسان أو فى أى بناء ، يستعمل كمحل للعبادة ، أو لحفظ الأموال ، أو فى عربة للسكك الحديدية ، تستعمل لنقل الأشخاص ، أو البضائع ، يقال انه ارتكب جريمة التعدي على الأمكنة » .

فقد وضحت المادة الأمكنة التى يعد دخولها بغير وجه مشروع ، أو البقاء فيها كذلك تعديا جنائيا ، ومن بينها « المنزل » وهو كل بناء محوط بالطوب أو الحجر ، أو أية مادة تقوم مقامهما ، وله سقف يغطيه^(٢) . ويتم التعدي على منزل الشخص بدخوله ، أو محاولة دخوله بوجه غير مشروع ، أو بدخوله بوجه مشروع والبقاء فيه بغير ذلك ، بقصد ارتكاب جريمة فيه ، أو ارهاب أو اهانة أو مضايقة ساكنه^(٣) . كما تقرر ذلك المادة رقم (٣٨٠) من قانون العقوبات : « كل من يدخل عقارا أو مكانا أو أى شئ آخر ، فى حيازة شخص آخر ، قاصدا بذلك ارتكاب جريمة ، أو ارهاب أى شخص يضع يده على هذا العقار ، أو المكان أو الشئ أو اهاتته أو مضايقته » .

وكل من يدخل المكان أو الشئ بطريقة مشروعة ، أو يبقى فيه على وجه غير مشروع ، قاصدا بذلك ارهاب ذلك الشخص ، أو اهاتته أو مضايقته ، أو يقصد ارتكاب جريمة ، يقال انه ارتكب جريمة التعدي الجنائى » .

Gledhill op cit, p. 623. & Bashir op cit, p. 120. (١)

S.G.V. Father Silvano (1960) S.L.J.R., 245, (٢)

« The concept « building » implies a structure which is enclosed and covered »

وانظر : Gledhill op cit, pp . 623 - 624. ومعلقا عليه ص ٥٨٩

(٣) معلقا عليه ص ٥٨٦ ، ٥٨٧

ولا يشترط في ذلك أن يكون الدخول بالقوة ، بل يكفي أن يكون غير مأذون فيه وبغير رغبة حائز السكن^(١) .

والتعدي على الأمكنة الذي يعتبر جريمة في نظر القانون قد يكون تعديا منزليا (House trespass) كما وصفته المادة رقم (٣٨١) سالفة الذكر . وقد يكون سطوا على المنزل ، أى كسرا منزليا (house breaking) كما عرفته المادة رقم (٣٨٤) : « يقال عن الشخص الذي يعتدى على الأمكنة بأنه يرتكب جريمة سطو على الأمكنة ، اذا توصل الى الدخول فيها ، أو فى أى جزء منها ، بأية طريقة من الطرق الست المبينة فيما بعد ، أو اذا كان موجودا فى المسكن ، أو فى أى جزء منه ، لفرض ارتكاب جريمة ، أو أنه ارتكب جريمة فيه ... الخ ، ثم خرج منه أو من أى جزء منه باحدى هذه الطرق الست هي :

(أ) اذا دخل أو خرج عن طريق منفذ عمله هو ، أو من حرصه على التعمد على الأمكنة ، لكى ترتكب جريمة التعدي على الأمكنة .

(ب) اذا دخل أو خرج عن طريق منفذ لم يعده للدخول الناس شخص آخر غيره ، أو غير من حرصه على الجريمة ، أو عن طريق منفذ توصل اليه بوساطة التسور أو التسلق على أى جدار أو بناء .

(ج) اذا دخل أو خرج عن طريق أى منفذ يكون هو ، أو من حرصه على التعدي على الأمكنة ، قد فتحه لأجل ارتكاب جريمة التعدي على الأمكنة بأية طريقة لم يكن شاغل المسكن يريد فتح ذلك المنفذ بوساطتها .

Gledhill op cit, p. 618 . « The entry need not be (١) forcible but it must be unauthorised, i. e., it must be against the wish of the person in possession or with such intention as would cause the person in possession to object to the entry if he were aware of the intention ».

وانظر معلقا عليه ص ٥٨٦

- (د) اذا دخل أو خرج بوساطة فتح أى قفل لأجل ارتكاب جريمة التعدى على الأمكنة ، أو لأجل الخروج من المسكن بعد ارتكابها .
- (هـ) اذا توصل الى الدخول ، أو الخروج باستعمال القوة الجنائية ، أو بارتكاب جريمة تهجم بتهديد أى شخص بالتهجم .
- (و) اذا دخل أو خرج عن طريق منفذ يعلم بأنه موصد لمنع هذا الدخول أو الخروج ، وقام هو أو من حرصه على التعدى على الأمكنة ، بغرض اغلاق المنفذ « (١) » .

فان المادة توضح أن التعدى المنزلى ، يعتبر سطوا منزليا ، اذا توصل الجانى الى الدخول فى المنزل ، أو فى جزء منه أو ملحق به ، بأى طريق من الطرق المذكورة بها ، أو كان فيه أو فى أى جزء منه ، أو ملحق به بغرض ارتكاب جريمة ، أو ارتكبها فعلا ، وخرج بطريق من الطرق الستة الموضحة بها . وفى حالة الدخول فان قصد الجانى قد يكون الارهاب أو الاهانة أو المضايقة ، أو ارتكاب جريمة . وفى حالة الخروج ، يجب أن يكون الجانى قد ارتكب جريمة داخل المنزل فعلا ، أو كان وجوده بغرض ارتكاب جريمة . وعادة ما تكون الجريمة السرقة ، وقد تكون أية جريمة معاقب عليها بموجب أى قانون معمول به (٢) .

- وإذا تعدى شخص على منزل آخر بدخوله ، أو محاولة دخوله ،
- الكيفية الموضحة فى المادة رقم (٣٨١) أو سطا عليه بتسلق جدرانته ، أو كسر أغلاقه ، أو أحداث فجوة فيه ، حسبما توضح ذلك المادة

(١) شرح رقم (١) كلمة « مسكن » فى هذه المادة تشمل أى مكان يمكن ان يكون محلا للتعدى على الامكنة . شرح رقم (٢) أى ملحق لمسكن أو بناء مشغول مع مسكن يكون بينه وبين ذلك المسكن اتصال داخلى مباشر يعتبر جزءا من المسكن بالمعنى المقصود من هذه المادة . انظر الامثلة على المادة .

Gledhill op cit, p. 628 .

(٢)

رقم (٣٨١) وشروحها وأمثلتها^(١) فإنه يجوز قانوناً لساكن المنزل أن يباشر حقه في الدفاع الشرعى ، لحماية منزله بمقتضى المادة (٥٦ ب) من قانون العقوبات التى تنص على الآتى : « مع مراعاة القيود المبينة فيما بعد يكون لكل شخص الحق فى الدفاع الشرعى :

(أ) عن جسمه أو جسم أى شخص آخر ، ضد أية جريمة تؤثر فى سلامة الجسم .

(ب) عن مال ثابت أو منقول ، مملوك له ، أو لغيره ضد أى فعل يعتبر جريمة حسب التعريف المقرر لجرائم السرقه أو النهب أو الاتلاف أو التعدى الجنائى ، أو أى فعل من أفعال الشروع فى ارتكاب لحدى هذه الجرائم » .

فقد أعطت الفقرة (ب) من المادة حق الدفاع للشخص ضد جرائم التعدى الجنائى ، وبالتالي أعطته حق الدفاع ضد التعدى على المنزل ، أو السطو عليه لوجود عناصر التعدى ضمن هذه الجرائم (٢) .

وفد جعلت المادة رقم (٦٢) حق الدفاع عن حرمة المنزل ، يمتد الى درجة قتل الجانى فى حالتى التعدى المنزلى ، أو السطو على الأمكنة « الكسر المنزلى » ، اذا وقعت احدى هذه الجرائم فى ظروف تسبب لحائز المنزل تخوفا معقولاً (Reasonable apprehension) من الموت ، أو الأذى الجسيم ، اذا لم يستعمل حقه فى الدفاع الشرعى^(٣) ونصها : « مع مراعاة القيود المتصوص عليها فى

(١) انظر الشرح والأمثلة على المادة .

Gledhill op cit, p. 133.

(٢)

« There is a right of private defence against house trespass and housebreaking , because the ingredients of criminal trespass are included in the definitions of these offences . »

وانظر : Bashir op. cit, p 120.

(٣) معلقا عليه ص ٨٨ ، وانظر : Gledhill op cit , 145.

المساذقن (٥٨ ، ٥٨) لا ىمىءء ءقءءء الا اذا كان الفءعل المراد بءفعه من الأفعال الآئىة :

(أ) النهب •

(ب) السطو على الأمكنة لىلا •

(ج) الاقلاف باشعال النار فى بناء ، أو ءىمة أو سفىنة ، مءى كان البناء أو الءىمة أو السفىنة ، مسءعملا لسكن الانسان ، أو لءفظ الأموال •

(د) السرقة أو الاقلاف أو الءعءى على الأمكنة ، اذا وقءء اءءى هذه الجرائم فى ظروف تسبب ءءوفا معقولا من موء ، أو أءى جسىم ، قء ىءء ءءىجة لءءم اسءعمال ءقءءء الشرء ، » •

وآلاصة ما أءء به القاؤن ، أنه أباع للشءص أن ىسءعمل ءقه فى الءفاع الشرعى عن ماله ، وأن ىصد كل من ىءعءى ، أو ىطاول الءعءى على منزه بلسءوله بقاء ارءكاب جرىمة فىه ، أو بقاء ارهابه أو إهابءه أو مضابقءه ، أو ىءءله بوجه مشروع ، وىأبى الءءوء منه ، لءءققى غرض من هذه الأغراض ، أو ىسءطو علىه فىءءء فىه كسرا أو ءقبا ، أو ىسءلق ءائءه^(١) وىءءء منه وفق ما جاء بالمادة رقم (٣٨٤) • وىنشأ هذا الءق بمءءء مءاولة الجانى السطو على المنزل^(٢) •

● مقارئة :

ومقارئة ما جاء بالشرىة والقانؤن ىءضء أنهما ىءققان على أن المنزل مال مملوك للشءص من جانب ، ومكان لسكن وراة واستقرار ساكنه ، وءأمىن ءرىءه الشءصىة^(٣) • ولا ىءوز لأءء أن ىءعءى علىه بالءءول ، أو البقاء فىه بغير اءءه ورضاه ، أو ىسلبه ءقه فى

(١) معلقا علىه ص ٥٩٦ (هـ) •

Gledhill op cit, p. 145 .

(٢)

Bashir op cit, pp . 120 - 121 .

(٣)

ملكه بغير وجه متروع • ويتفقان على جواز الدفاع الشرعى ضد التعدى الجنائى بصورتيه سواء أكان تعديا منزليا ، أو سطوا ، ولكن توسعت الشريعة فى حماية حرمة المسكن أكثر من القانون ، فقد أباحت للشخص أن يدفع من يعتمد النظر الى داخل منزله من ثقب ضيق ، أو كوة ضيقة ، أو من شقوق الأبواب ، لأنها تعتبر المنزل مكانا للستر الذى يستر فيه الشخص عوراته ، التى لا يجب أن يطلع عليها أحد ، وباعتباره المكان الذى يأمن فيه على عرضه ، ويستتر محارمه من أعين المتطلعين والمتطفلين ، وهن يتحركن داخله بحرية وطلاقة . ولأنها تعتبر النظر الى النساء الفافلات ، والى ما يسكن منهن من عورات ، محرما فى ذاته ، وقد يؤدى الى جرائم الزنا وهتك الأعراض ، والشريعة كما تحرم الجريمة ، تحرم كل دواعيها وما يؤدى اليها • ولم تعرض القانون لمن ينعدى على غيره بتعمد النظر داخل منزله ، بقصد التطلع الى عوراته ، أو التمتع بجمال محارمه ، أو زوجاته ، ولم يذكر ذلك أو ينوه اليه ضمن جرائم التعدى الجنائى • وهذه صفة تميزت بها الشريعة الاسلامية عن الشرائع الوضعية ، فهى تحرم الجريمة وتمنعها قبل وقوعها ، كما تحرم وتمنع دواعيها ، وكل ما يقود اليها ، وهذا هو شأن الشريعة الكاملة فى كل زمان ومكان •

المبحث الخامس

الدفاع عن المال

● تعريف المال :

المال زينة الحياة الدنيا ، وعصمها الذي لا تقوى ولا تبقى بدونه ، ولا تتحرك وتشط بغيره ، وهو : ما يميل اليه الطبع ويجرى فيه البذل والمنع^(١) ويمكن ادخاره لوقت الحاجة^(٢) . يقول الشاطبي : « أعنى بالمال ما يقع عليه الملك ، ويستبد به المالك عن غيره ، اذا أخذه على وجهه ، ويستوى فى ذلك الطعام والشراب واللباس ، على اختلافها ، وما يؤدى اليها من جميع المتمولات »^(٣) .

فالشئ لا يعد مالا فى نظر الفقهاء الا اذا تحقق فيه أمران ، أحدهما : امكانه حيازته واخراجه . أما ما لا يمكن حيازته وادخاره فلا يعد مالا ، كالمنافع عند الخفية والضوء والهواء المطلق . وثانيتهما : امكان الاتفافع به بوجه شرعى . فالأشياء التى يمكن حيازتها ولا ينتفع بها لتفاهة قيمتها ، وما لا قيمة له كحبة خنطة ، أو لا ينتفع بها شرعا كالحجم الميتة ، والخمر ، فى حق المسلم لا تعد مالا^(٤) .



● اقسام المال :

المال فى نظر فقهاء الشريعة الاسلامية ينقسم الى متقوم وغير متقوم ، فالمال المتقوم هو ما له قيمة فى نظر الشريعة . وهو ما يباح استعماله شرعا فى حالة الاختيار . وأما غير المتقوم . فهو ما لا قيمة

(١) الدر المختار ج ٥ ص ٥٠ (٢) رد المختار ج ٥ ص ٥١

(٣) الموافقات ج ٢ ص ١٧

(٤) المبادئ الاقتصادية فى الاسلام - دكتور على مبد الرسول - دار الفكر العربى ص ٩ ، ورد المختار ج ٤ ص ٥١

له فى نظر الشريعة الاسلاميه ، ولا يباح استعماله فى حالة الاختيار كالخمر . وينقسم المال المتقوم الى عقار^(١) ومنقول : فالعقار هو ما لا يمكن نقله وتحويله من مكان لآخر كالأراضى . والمنقول ما يمكن نقله وتحويله من مكان لآخر^(٢) . وهو ما على الأرض ، من بناء وزرع وحيوان ومتاع^(٣) .

● حكم الدفاع عن المال فى الفقه الاسلامي

. لقد أباحت الشريعة الاسلامية الدفاع عن المال ، سواء أكان مال الشخص نفسه ، أو مال غيره ، وجعلت له حرمة على حرمة النفس فى المرتبة . كما جعلته أصلاً من الأصول التى تجب حمايتها ، والمحافظة عليها . فقد قال صلى الله عليه وسلم : « فإِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ بَيْنَكُمْ حُرَامٌ »^(٤) . وروى عن ابن مسعود وغيره ، عن النبى صلى الله عليه وسلم أن : « حرمة مال المسلم كحرمة دمه » وذلك فى الدفاع عنه وصيائته على طريق التبع للنفس ثم العرض^(٥) . وقد ذهب جمهور الفقهاء الى أن الدفاع عن المال جائز . فيجوز للمعتدى على ماله أن يقاتل دونه ، ويقتل من يقاتله فيه ، ولا شيء عليه فى ذلك^(٦) . لأطلاق قوله صلى الله عليه وسلم : « من قتل دون ماله فهو شهيد »^(٧) .

(١) التعريفات ص ١٣١ - « العقار ما له اصل وقرار مثل الأرض والدار » .

(٢) المعاملات فى الشريعة الاسلامية - أحمد أبو الفتوح - طبعة ثانية مطبعة النهضة ص ٢٧ ، ٢٩

(٣) الفقه الاسلامي - محمد يوسف موسى - طبعة الثالثة (١٩٥٨ م) دار الكتاب العربى ص ٢٥٢

(٤) صحيح الترمذى بشرح ابن العربى ج ٩ ص ٤

(٥) شرح ابن العربى على صحيح الترمذى ج ٩ ص ٢ ، ٣

(٦) الدر المختار ورد المختار ج ٤ ص ١١٧ ، ج ٦ ص ٥٤٧ ،

وحاشية الدسوقى ج ٤ ص ٣٥٧ ، ومغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٥ ، والمغنى ج ١٠ ص ٣٥٢ ، ٣٥٣

(٧) صحيح البخارى ج ٣ ص ١٦٩

ومع أن الحنابلة يجيزون الدفاع عن المال ، يرون أن ترك القتال عليه أفضل ، لأنه يجوز بذله وإباحته للغير . ولأنه ليس فيه من المحذور ما فى النفس ، فلا تتساوى حرمة وحرمتها . ولا يجب عليه أن يفعل بسببه ما يعرض النفس لمحذور . ولأنه ربما لا يستطيع دفع المعتدى بدون قتال ، ولا يأمن أن يقتله المعتدى ، فتاسب ذلك عدم وجوب الدفاع عليه (١) .

وإن المالكية وإن اتفقوا على جواز الدفاع عن المال ، إلا أنهم يرون أنه قد يعرض له الوجوب . وذلك إذا كان مالا ذا قيمة - ذا بال - وترتب على ترك الدفاع عنه ضرر يتعدى إلى النفس أو الأهل ، سواء أكان الضرر هلاكا ، أو أذى شديدا ، فعندئذ يكون حكم الدفاع عن المال كحكم الدفاع عن النفس في مذهبهم (٢) فالوجوب مشروط بكثرة المال المعتدى عليه ، وتعدى الضرر إلى النفس ، أو الأهل فهو عارض وليس أصلا .

ويتفق جمهور الشافعية مع جمهور الفقهاء على القول بجواز الدفاع عن المال ، إلا أنهم ينفردون بالقول بوجوبه فى حالة خاصة . وهى ما إذا كان المال المعتدى عليه مالا ذا روح ، كالحيوان ، وقصد المعتدى اتلافه ، ولو كان التلف هو المالك نفسه . فيجب الدفاع عنه ، لكن بشرط ألا يخاف المدافع على نفسه ، فإن خاف فلا يلزمه الدفاع . يقول الشريينى : « وأما ما فيه روح فيجب الدفع عنه ، إذا قصد اتلافه ، ما لم يخش على نفسه ، أو بضع ، لحرمة الروح ،

(١) كشف القناع ج ٦ ص ١٥٦ ، والمغنى والشرح الكبير ج

ص ٣١٨ ، ٣٥٢ ، ونيل المآرب ج ٢ ص ١٥٠

(٢) حاشية العدوى على الخرشى ج ٨ ص ١١٢ ، وحاشية الدسوقي

ج ٤ ص ٣٥٧

حتى لو رأى أجنبى ، شخصا يتلف حيوان نفسه ، اتلافا محرما ، وجب عليه دفعه على الأصح « (١) » .

كما أنهم يرون ، أنه يجب على الشخص أن يدافع عن ماله ان تعلق به حق الغير ، كرهن واجارة . وذهب الغزالي الى أن المال ان كان مال محجوز عليه ، أو وقف أو مودعا يجب على من تحت يده الدفاع عنه ، لالتزامه حفظه (٢) .

والظاهر من عبارة الشريينى : « على الأصح » أنه مقابل الأصح - وهو الصحيح - جواز الدفاع عن المال مطلقا ، من غير تخصيص لمخالفة دون أخرى . يقول الصنعاني فى الاستدلال بقوله صلى الله عليه وسلم : « من قتل دونه ماله فهو شهيد » : « فى الحديث دليل على جواز الدفاع عن المال ، وهو قول الجمهور وشذ من أوجبه » (٣) فهو يرى أن القول بتوجب الدفاع عن المال شاذ ، ومن أوجبه شذ عن الجمهور . ووصف الشبراملى ما ذهب اليه الغزالي بأنه ضعيف (٤) .

وبخلاصة ذلك أن الدفاع عن المال جائز عند جمهور الفقهاء ، سواء أكان مالا ذا روح أو مالا لا روح فيه . وأنه يجوز للمعتدى على ماله أن يقاتل المقاصد لأخذ ماله ، وأن يقتله إن اقتضت حالة الدفاع قتله ولا مسئولية عليه فيه . يقول النووى : « وأما أحكام الباب ففيه جواز قتل المقاصد لأخذ المال بغير حق ، سواء أكان المال قليلا ، أو كثيرا لعموم الحديث ، وهذا قول الجماهير من العلماء » (٥) .

-
- (١) مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٥
(٢) مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٥ ، ونهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٣
(٣) سبل السلام ج ٤ ص ٤٠
(٤) حاشية الشبراملى ج ٨ ص ٢٣
(٥) شرح النووى على صحيح مسلم - النووى - المطبعة المصرية ومكتبتها (١٣٤٩ هـ) ج ٢ ص ١٦٥

● دفاع الشخص عن ماله :

ومن المتفق عليه بين جمهور الفقهاء ، أنه يجوز للشخص أن يحمي ماله ويدافع عنه ، ويقاوم المعتدين عليه . كما أنه يجوز له أن يقتل من لم ينته عن عدوانه إلا بفضله ، ولا يسئل عن فعله ، لا من الناحية الجنائية ولا المدنية^(١) . واستدلوا لذلك بقوله صلى الله عليه وسلم : « من قتل دون ماله فهو شهيد »^(٢) ووجه الدلالة فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم ، لما جعل المعتدي على ماله شهيدا إذا قتل دفاعا عنه ، دل على أن قتاله وقبيل المعتدي « فياسا على من قتله أهل الحرب ، لما كان شهيدا كان له القتل والقتال »^(٣) . فان قتلهم فلا جناح عليه ، وإن قتلوه كان شهيدا له الجنة . وأكثر وضوحا في الاستدلال على ذلك ما رواه الترمذي عن عبد الله بن عمرو ، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد »^(٤) . وروى عن أبي هريرة أنه قال : « جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله ، أ رأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي ؟ قال : « فلا تعطه مالك » . قال : أ رأيت إن قاتلني ؟ قال : « قاتله » . قال : أ رأيت إن قتلني ؟ قال : « فأنت شهيد » . قال : أ رأيت إن قتلته ؟ قال : « هو في النار »^(٥) .

- (١) المبسوط ج ٢٤ ص ٣٧ . والدر المختار ورد المختار ج ٤ ص ١١٧ ، ج ٦ ص ٥٤٦ ، ٥٤٧ ، وشرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٨ ، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣٥٧ ، والام ج ٦ ص ٢٦ ، ونهاية المحتاج ج ٨ ص ٢١ ، والمفنى ج ١٠ ص ٣٥٢ .
(٢) صحيح البخاري ج ٣ ص ١٦٩ .
(٣) حاشية الرمل على أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٦ ، ونهاية المحتاج ج ٨ ص ٢١ ، وسبل السلام ج ٤ ص ٤٠ .
(٤) صحيح الترمذي بشرح ابن العربي ج ٦ ص ١٩٠ .
(٥) صحيح مسلم الطبعة الأولى (١٩٥٥ م) دار الكتب العربية ط . الحلبي ج ١ ص ١٢٤ .

ومن الوقائع العملية التى توضح وجه الاستدلال بهذه الأحاديث ،
فعل عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنه ، فقد كان لآل عمرو بن
العاص حائط ، وأراد عامل^(١) لمعاوية بن أبى سفيان أن يخرقه ، ليجرى
الماء ، ليستقى به أرضا مجاورة للحائط . فجمع عبد الله بن عمرو
مواليه ، وحمل سلاحه ، وقال : والله لا تخرقون حائطنا حتى لا يبقى
منا أحد . فقبيل له : أتقاتل ؟ قال : وما يمنعنى أن أقاتل وقد
سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « من قتل دون ماله
فهو شهيد »^(٢) .

● مقدار المال :

اتفق جمهور الفقهاء على جواز الدفاع عن المال مسوئ أكان
كثيرا أو قليلا ، وإن لم يبلغ فصاب حد السرقة . وهو عشرة دراهم
« وإن لم يتمول »^(٣) . ويجوز أن يقاتل دونه ، ويقتل من يقاتله عليه
إن لم يندفع بما دون القتل ، وقد استدلووا لذلك بمجموع قوله صلى
الله عليه وسلم : « من قتل دون ماله فهو شهيد » ، وقوله عليه
السلام : « قاتل دون مالك »^(٤) ، وإن اسم المال يقع على القليل
والكثير^(٥) .

(١) العامل هو منبسة بن أبى سفيان ، وكان عاملا لآخيه على مكة
والطائف ، والأرض هى أرض الطائف . ومعنى الحائط : الأرض المزروعة ،
والجنيئة . والعامل : الشخص الذى يبعثه الوالى . انظر فتح البارى
ج ٦ ص ٤٨

(٢) الأم ج ٦ ص ٢٦ ، وفتح البارى ج ٦ ص ٤٨ ، وانظر صحيح
مسلم ج ١ ص ١٢٥

(٣) أى يقابل بمال . انظر نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢١ ، وإعانة
الطالبين ج ٤ ص ١٧١

(٤) نصب الرأية ج ٤ ص ٣٤٨ ، وفيض القدير ج ٤ ص ٦٧ ،
وتمامه : « حتى تحوز مالك أو تقتل فتكون من شهداء الآخرة » .

(٥) الدر المختار ورد المختار ج ٤ ص ١١٧ ، ج ٦ ص ٥٤٦ ، وشرح
ابن العربى على صحيح الترمذى ج ٦ ص ١٩١ ، ومعنى المحتاج ج ٤
ص ١٩٤ ، ونهاية المحتاج ج ٨ ص ٢١ ، وشرح النووى على صحيح
مسلم ج ٢ ص ١٦٥ ، وفتح البارى ج ٦ ص ٤٨

وقد فرق الامام مالك بين المال الكثير واليسير ، فان كان كثيرا ، فهو يوافق الجمهور فيما ذهبوا اليه ، وان كان يسيرا كالطعام والشيء الخفيف - فيرى تركه للمعتدى وعدم قتاله عليه ، ليجنب نفسه ما وراء الدفاع من أضرار^(١) . قال ابن العربي : « ان كان طلب المعتدى المال فلا يخلو أن يكون الذي يطلب يسيرا ، أو كثيرا ، فان كان كثيرا ، فالمسألة قائمة ، وان كان يسيرا فقال مالك وغيره : يناوله اياه ، ويكفى نفسه ما وراء ذلك من ضرر . وقال عبد الله ابن المبارك وغيره : يقاتله عن درهمين ولا يمكنه . وهذا الذي قاله مالك استحبابا ، والواجب ما قاله عبد الله وسواه »^(٢) .

ومما أورده ابن العربي ، يتضح أن ابن المبارك يوافق ما ذهب اليه الجمهور . ويرى سحزون ألا يعطى المعتدى شيئا وإن قل ، ولكن لا يقاتل على القليل . وقال عبد الملك : « لا يعطى اللصوص شيئا وإن قل »^(٣) .

وفيما اطلعنا عليه من كتب الحنابلة لم نقف على تفرقة بين المال الكثير والقليل . ويتضح من اطلاق ابن قدامة لعبارة « مال » في قوله : « وكل من عرض لائسان يريد ماله أو نفسه فحكمه ما ذكرنا فيمن دخل منزله »^(٤) أنهم لم يفرقوا بين المال الكثير والقليل ، ويجذون جذو الجمهور في القول بجواز الدفاع عن المال مطلقا ، سواء كان كثيرا أو قليلا .

وفرى أن الأخذ بما ذهب اليه الجمهور ، يؤدي الى اباحة الدفاع عن المال ، وإن كان نافعها لا قيمة له ، مع أن الدفاع قد يؤدي الى قتل المعتدى ، وأن المحافظة على النفس وبقائها مقصد أساسي من مقاصد

(١) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٧٤ ، وفتح الباري ج ٦ ص ٤٨

(٢) شرح ابن العربي على صحيح مسلم ج ٦ ص ١٩١

(٣) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٧٤

(٤) المغنى ج ١٠ ص ٣٥٢

الشرعة الإسلامية . وأن المال وإن كان مقصدا من مقاصدها كذلك ، إلا أنه يأتي في المرتبة التالية للنفس . فهو تابع ومكمل لها ولا ينبغي أنه يساوى التابع المتبوع في القوة والحكم .
ولا نجد مبررا لإباحة الدفاع ، الذي يؤدي إلى ازهاق روح المعتدي في سبيل المال الثافه ، إلا على أساس أن الدفاع حق مشروع ، وأن العدوان معصية غير مشروعة ينبغي دفعها وإن قل قدرها ، كما ينضح من قول الغزالي : « دفع الصائل على ماله مسلم بما يأتي على قتله فإنه جائز لا على معنى أذا فقدى درهما من مال مسلم يروح مسلم ، فإنه ذلك محال ، ولكن قصده لأخذ مال المسلمين معصية ، وقتله في الدفع عن المعصية ليس بمعصية ، وإنما المقصود دفع العاصي » (١) .

وأن رأى الإمام مالك - وإن لم نجد له مرجحا - فهو الأوفق بقواعد الشرعة من الناحية العملية والمنطقية ، لأن من المسلم به أن قواعد الشرعة ومقاصدها ، تقتضى المحافظة على النفس وصيانتها ، وما شرع الاقتناع بالمال والتصرف فيه ، إلا ليقوم تلك النفس ويكملها ، وأن الدفاع يفضي إلى قتال وقتل المعتدي ، كما قد يؤدي إلى قتل المعتدي عليه نفسه ، وكل من المعتدي والمعتدى عليه ذات مختزعة في الأصل . وأن المعتدي وإن أهدر عصمة نفسه بعدوانه ، إلا أنه إن كان المال يسيرا وقافها لا قيمة له توازى استباحة النفس ، فلا ينبغي أنه تستباح في سبيل المحافظة عليه ذات كانت معصومة في الأصل .

● استرداد المال :

إذا أخذ شخص مال شخص عدوانا ، أو دخل داره ليلا ، فأخرج متاعه وولى به ، فإن حق المعتدى عليه في الدفاع عن ماله لا ينقض

(١) أحياء علوم الدين - الغزالي - مطبعة الطبى - دار أحياء الكتب العربية ج ٢ ص ٣١٩

بذهاب المعتدى ، ما دام المتاع بيده ، وليس بالامكان اللجوء الى السلطة لردّه منه . فيجوز لصاحب المال أن يلحق به ، ويدفعه عن ماله حتى يسترده منه ولو بقتاله . فإن اقتضى الدفاع قتله فيباح له ذلك ، ويذهب هدرًا لا قصاص فيه ولا دية ، لأن صاحب المال يباشر حقًا مشروعًا بمقتضى الشريعة الأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم : « قاتل دون مالك »^(١) . وقوله « من قتل دون ماله فهو شهيد »^(٢) . يقول السرخسي : « ويسعه أن يقاتل عليه ، وكذلك يسع من عاين ذلك اعاقته عليه ، وأن أتى ذلك على نفسه ، إذا امتنع وهو فى موضع لا يقدر فيه على سلطان يأخذ له بحقه ، لأنه يعلم أنه ملكه . وكما أن له أن يقاتل دفعا عن ملكه إذا قصد الظالم أخذه منه ، فكذلك له أن يقاتل فى استرداده ، والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم : « من قتل دون ماله فهو شهيد »^(٣) .

ويقول المرغيناني : « ومن دخل عليه غيره ليلا وأخرج السرقة ، فأبعه وقتله فلا شيء عليه ، لقوله عليه السلام : « قاتل دون مالك » . ولأنه يباح له القتل دفعا فى الابتداء فكذلك استرداد فى الانتهاء . وتأويل المسألة ، إذا كان لا يتسكن من الاسترداد الا بالقتل »^(٤) .

وقد روى عن سيدها عمر رضى الله عنه : « أن لصا دخل داره ، فقام اليه بالسيف ، فلولا أنهم ردوه عنه لضربه السيف »^(٥) .

* * *

-
- (١) فيض القدير ج ٤ ص ٤٦٧ ، وتعامه فيه : « حتى تجوز مالك او تقتل فتكون من شهداء الآخرة » .
(٢) صحيح البخارى ج ٣ ص ١٦٩
(٣) المبسوط ج ١٠ ص ١٨٢
(٤) الهداية بفتح القدير ج ٨ ص ٢٦٩ ، وانظر تكملة البحر الرائق ج ٨ ص ٣٤٥ ، وتبيين الحقائق ج ٦ ص ١١١ ، وتبصرة الحكام ج ٢ ص ١٨٥ ، ١٨٦ ، ومعنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٩ ، ومختصر الفتاوى المصرية - ابن تيمية - مطبعة السنة المحمدية (١٣٦٨ هـ) ص ٤٦٦
(٥) مختصر الفتاوى المصرية ص ٤٦٦

● الدفاع عن المال في القانون :

نصت المادة (٥٦) من قانون العقوبات على الآتي : « مع مراعاة القيود المبينة فيما بعد ، يكون لكل شخص الحق في الدفاع الشرعي :

(ب) عن مال ثابت أو منقول ، مملوك له ، أو لغيره ضد أى فعل يعتبر جريمة ، حسب التعريف المقرر لجرائم السرقة ، أو النهب أو الاتلاف أو التعدي الجنائي ، أو أى فعل من أفعال الشروع في ارتكاب إحدى هذه الجرائم » .

بسوجب نص هذه المادة يجيز القانون للشخص الدفاع عن ماله الثابت أو المنقول ضد خطر الجرائم الواردة في الفقرة الثانية منها ، وهي جرائم السرقة والنهب والاتلاف والتعدي الجنائي ، وكذلك ضد جرائم الشروع في ارتكاب إحدى هذه الجرائم . ومن الوقائع العملية لتطبيق حق الدفاع عن المال قضية حكومة السودان - ضد : موسى جبريل (١٩٥٩ م) فقد كان المتهم يقطن في منطقة يشح فيها الماء صيفا . وكان يخزن الماء أثناء فصل الخريف في جذع شجرة تيلدي ، ليستهلكه في وقت الجفاف ، وذات مرة زار شجرته ليطمئن على سلامة مائه ، فوجد آثار جمال وسقاة ، أدرك أنهم أخذوا من مائه ، فاقتفى أثرهم ليعيد مائه . ولما أدركهم كانوا أربعة أشخاص ، على أربعة جمال يحملون على كل جمال قريتين مليئتين ماء . فطلب منهم أن يردوا عليه مائه ، أو يدفعوا قيمته . وبدلاً عن ذلك لوح له اثنان منهم ببندقيتهما تهديدا له ، ولكنه استمر في التقدم نحوهم « الى أن اشتبك معهم . فسقط أحدهم عن جملة ، فهجم عليه المتهم ، وأثناء ذلك أطلق أحد اللصوص عيارا ناريا على المتهم ، أصابه في جانب الأيسر . ورغم ذلك واصل المتهم هجومه على المجنى عليه ، فضربه على رأسه الى أن وقع ، ثم أردف له ضربة أخرى ، وتسببت الضربات في موته » وفي أثناء هذا العراك أطلق اللصوص أعيرة تجاه المتهم ،

فلاذ بالقرار . وقد حكمت المحكمة بأن المتهم لا يسئل عن أية جريمة طالما أنه استعمل القوة المعقولة للدفاع عن نفسه وماله ، حيث كان الفعل الذى دفعه يعد نهبا . فهو مستحق لرد مائه المسروق ، ولو أدى ذلك الى موت المتهمين^(١) .

ويتضح من المادة رقم (٦٢) أن للشخص الحق فى الدفاع عن ماله — تحت ظروف معينة وقيود محددة فى المادتين (٥٨ و ٥٩) ^(٢) — الى الحد الذى يبلغ درجة قتل المعتدى ونصها : « مع مراعاة القيود المنصوص عليها فى المادتين (٥٨ و ٥٩) لا يمتد حق الدفاع الشرعى عن المال الى تعمد تسبب الموت ، ألا اذا كان الفعل المراد دفعه من الأفعال الآتية :

(أ) النهب .

(ب) السطو على الأمكنة ليلا .

(ج) الاتلاف باشعال النار فى بناء أو خيمة أو سفينة متى كان البناء أو الخيمة أو السفينة مستعملا لسكنى الإنسان أو لحفظ الأموال .

(د) السرقة أو الاتلاف أو التعدى على الأمكنة اذا وقعت احدى هذه الجرائم فى ظروف تسبب تخوفا معقولا من موت ، أو أذى جسيم ، قد يحدث نتيجة لعدم استعمال حق الدفاع الشرعى » .

فيتضح من هاتين المادتين ومن تطبيقات المحاكم فى هذه القضية وأمثالها ، أن القانون يبيح للشخص الدفاع عن ماله ، والحق فى ملاحقة الجناة واسترداده منهم ، طالما كان بأيديهم ، ولو باستعمال القوة ، بحيث لا تبلغ درجة القتل ، فى غير الجرائم المنصوص عليها فى المادة

(١) المجلة القضائية (١٩٥٩ م) ص ١٢

(٢) مادة (٥٨) : « لا يمتد حق الدفاع الشرعى بأية حال الى الحاق الأذى بما يجاوز القدر اللازم لغرض الدفاع » . مادة (٥٩) : « لا وجود لحق الدفاع الشرعى متى وجد متسع من الوقت للجوء لحماية السلطات العامة » .

رقم (٦٢) من قانون العقوبات • وتبلغ درجة القتل فى الجرائم الواردة فى هذه المادة ، اذا وقعت احداها فى ظروف تسبب تخوفا من الموت أو الأذى الجسيم اذا كان هذا التخوف ، مستندا الى أسباب معقولة • وليس المراد من ايراد هذه المادة اللجوء الى قتل الجانى بمجرد أنه ارتكب احدى هذه الجرائم ، ولكن بشرط أن يكون القتل قدرا لازما ومناسبا لرد العدوان ، وليس هناك متسع من الوقت الى اللجوء لحماية السلطات العامة •

كما يتضح أن الحق فى الدفاع يستمر قائما طالما كان العدوان مستمرا وقائما ، أو كانت محاولة ارتكابه قائمة ، عدا حالة السرقة • فإن القانون السودانى وإن لم ينص صراحة على الدفاع فيها ، فإنه يتضمن ما أخذ به القانون الهندى ، وهو أن الدفاع عن المال المسروق ، يستمر الى احدى نهايات ثلاث :

(أ) أن ينسحب الجانى بالمال تماما •

(ب) أو اذا لم ينسحب تماما ، ولكن حصلت الاستعانة بالسلطات العامة •

(ج) أو الى أن يستعيد الشخص ماله • ولا مكان لاستعمال حق الدفاع بعد هذه النهايات (١) •

وقد أورد القاضى عتيق فى قضية حكومة السودان - ضد : محمد حمزة عبد الله (١٩٧١ م) ملخصا يتضمن مبادئ الدفاع عن المال بقوله : « لا يشترط لممارسة هذا الحق ، وجود صلة بين المدافع والمدافع عنه ، بل انه حق لكل مواطن ، ليدافع بموجبه عن نفسه ، أو ممتلكاته ، أو نفس أو ممتلكات غيره ، وبعبارة أخرى فإن هذا الحق يخول كل مواطن المبادرة لدرء الخطر عن النفس ، أو المال ،

(١) 147. — 146 Gledhill op cit, pp. 146 ومعلقا عليه ص ٨٨ والقانون الجنائى ص ٦٤٩ ، ٦٥٠

سواء أكان موجها لشخصه ، أو ممتلكانه ، أو لشخص غيره أو ممتلكات ذلك الشخص . ولا يعتبر جريمة أى فعل يصيب المعتدى من ممارسة هذا الحق . ويمتد حق الدفاع عن النفس تحت شروط معينة الى تعمد تسبب الموت ، اذا كان الفعل المراد دفعه اعتداء يخوف أن يحدث منه الموت ، أو الأذى الجسيم ، أو كان اغتصابا ، أو استدرابا لإنسان ، أو خطفا لله .

ويقصر حق الدفاع عن المال عن تعمد تسبب الموت ، الا اذا كان الفعل المراد دفعه . من الجرائم المنصوص عليها تحت المادة (٦٢) من قانون العقوبات . ويشترط لتعمد تسبب الموت وقوع الاعتداء ، أو أن يكون على وشك الوقوع ، فى ظروف تؤدي الى تخوف معقول من حصول الموت ، أو الأذى الجسيم ، إن لم يمارس المدافع حقه .

وينتهى حق الدفاع عن المال فى حالات السرقة بانسحاب السارق تماما ، أو باسترداد الشيء المسروق « (١) » .

وما يستخلص من هذه النصوص والوقائع ، أنه يجوز للشخص قانونا أن يدافع عن ماله ، ضد خطر واقع عليه فعلا ، وما يزال فى مجرى سريانه ، أو على وشك الوقوع ، وأن يسترده بالقوة ، من أبدى قاهبيه بحيث تقصر القوة عن تسبب الموت ، أو الأذى الجسيم ، الا فى الجرائم المحددة بالمادة رقم (٦٢) . وذلك مع مراعاة شروط نشوء الدفاع واستعماله ، وهى أن يكون الفعل المراد دفعه اعتداء يخشى منه الموت أو الأذى الجسيم ، وأن يكون حالا أو على وشك الوقوع ، وإلا يكون هناك متسع من الوقت للجوء الى حماية السلطات العامة ، وإلا يستعمل المدافع قسرا أكثر من اللازم لرد الاعتداء .

كما أن الحق فى الدفاع عن المال يظل قائما ومستمرا ما دام

(١) المجلة القضائية (١٩٧١ م) ص ٢٥ ، ٢٦

المعتدى مستمرا فى ارتكاب - أو محاولة ارتكاب - اعتدائه^(١) . فيما عدا حالة السرقة ، فينتهى باحدى النهايات التى سبقت الإشارة إليها . وإن أى فعل يقع على المعتدى بسبب الدفاع لا يعتبر جريمة وبالتالي لا يسئل عنه المدافع .

● مقارنة :

وبمقارنة ما ذهب اليه الفقهاء وما أخذ به القانون ، يتضح أن كلا من الشريعة والقانون ، يبيح للشخص الدفاع عن ماله الثابت والمنقول ، ويبيح له أن يقاتل من يقاتله عليه ، ولو أدى ذلك الى قتل الجانى ، اذا كان القتل لازما ومناسبا لفعل الدفاع .

كما يبيح له أن يلاحق المعتدين على ماله ، طالما كان المال بأيديهم ولا يزال اعتداؤهم عليه مستمرا . وأن يسترده منهم بالقوة اللازمة لردّه .

كذلك تتفق الشريعة والقانون على نفس التجريم عن الفعل الذى يقع بسبب الدفاع عن المال ، فلا مسئولية على فاعله من الناحية الجنائية أو المدنية .

كذلك يتفق جمهور الفقهاء على اطلاق الدفاع عن المال قليلا كان أو كثيرا . وظاهر نصوص القانون كذلك ، فلم يحدد القدر الأدنى من المال ، الذى يباح الدفاع عنه ، ولا يباح فيما دونه . ولكن يقيد اطلاق النصوص بالاستثناء الوارد بالمادة (٥٤) من قانون العقوبات : « لا جريمة فى فعل بسبب ضرر يحدثه ، أو يقصد منه احداث ضرر ، أو مع العلم باحتمال حدوث ضرر منه ، اذا كان الضرر من التفاهة بحيث لا يشكو منه شخص عادى التفكير والطباع » .

فإن القانون يبيح الدفاع عن المال ضد جرائم المال وتستثنى هذه المادة - من التجريم - الفعل التافه ، الذى لا يشكو منه شخص

عادى العقل والطبع ، اما لتفاهة الفعل ، أو لعدم أهمية الضرر الناتج عنه . مستندة الى مبدأ « أن القانون لا يلقى اعتبارا للتوافه » (١) . ومن الأفعال التفاهة التي لا يلقى لها القانون بالا ، أن يغمس شخص قلبه في حبر آخر بغير اذنه ، أو يسرق قطعة كيك أو فاكهة من فاكهته الموضوعة في مكان مكشوف ليأكلها ، أو يأخذ ترابا من أرض خاصة مكشوفة عن الأسوار ، بدون أن تكون لهذا التراب قيمة . أو يأخذ صحيفة آخر بدون اذنه ليقراها (٢) . وطبقا لهذه المادة ، والمبدأ الذي تقوم عليه ، أنه القانون لا يجرم الأفعال التفاهة ، وبالتالي لا يبيح الدفاع عن المال القليل التفاهة ، لأنه لا جريمة في أخذه ، ولا دفاع عن المال ، الا في مقابل الجريمة ، فإذا اتفت الجريمة ينتفى الحق في الدفاع . ومن هنا يتضح أنه القانون يضع حدا أدنى للمال ، الذي يباح الدفاع عنه . بينما لا يضع هذا الحد جمهور الفقهاء وهو في هذا الرأي يتفق مع الامام مالك ، الذي يرى ترك المال اليسير للمعتدى ، وعدم مقاومته عليه وهو رأى له وجاهته ، لأن محاولة استرداد المال اليسير ، والعراك في سبيله قد يؤدي الى نتائج لا تصمد عقابها ، لا سيما وأن من يعارك آخر ، لا يزل أفعاله بميزان الذهب . والذي ينبغي أن يؤخذ به ترك تقدير تفاهة المال أو عدمها لأعراف الناس ، كل في محيطه الذي يكيف حياته وطباعه وتقاليده ، لأن مالا قد يكون تافها كقدر ماء لمن يقيم على ضفة النيل وقيما بالنسبة لمن يقيم على أطراف الصحراء حيث يعز الماء .

Gledhill op cit , p. 105.

(١)

« The Law does not concern itself with trifles ».

Gledhill op. cit. pp. 105 — 106. ومعلقا عليه ص ٧٥ ، ٧٦ (٢)

المبحث السادس

الدفاع عن الغير في الفقه الاسلامي

لقد امتازت الشريعة الاسلامية بالسعة والشمول والحیطة ، فبينت الأحكام ، ووضعت الحلول لكل ما يعرض لحياة الشخص ، من خير أو شر . كما حددت موقفه تجاه غيره ، سلبا أو ايجابا . ومن سعتها وشمولها ، أنها لم تجعل حق الشخص في الدفاع قاصرا على ذاته ، بل تعدت ذلك ، فأباحت له أن يدافع عن نفس وعرض ومال غيره ، بنفس القدر الذي يدافع به عن نفسه ، ولم تلق عليه أية مسؤولية ازاء ما يترتب على فعله ، كما يتضح ذلك من اتجاه الفقهاء (١) . فقد ذهب جمهورهم الى أن حكم دفاع الشخص عن نفس غيره كحكم دفاعه عن نفسه ، من حيث أنه واجب أو جائز .

فالحنفية يرون أنه واجب مطلقا ، ويسع الشخص أن يدافع عن غيره ، ولو أدى الدفاع الى قتل المعتدى . يقول السرخسي : « ولو رأى رجلا يقتل رجلا وهو يقوى على منعه لم يسعه الا أن يمنعه ، وإن كان يأتي ذلك على نفس الذي أراد قتل صاحبه » ألا ترى أنه اذا قصد قتله ، فقتله المقصود لم يلزمه شيء ؟ فكذلك اذا قصد قتل غيره ، فقتله هذا الذي يقوى عليه » (٢) .

ويظهر مما أورده الزيلعي ، أن الحنفية يستدلون على الدفاع عن نفس الغير ببعض أدلة الدفاع عن النفس ، فهو يقول : « وكذا اذا شمر على رجل سلاحا فقتله ، أو قتله غيره دفعا عنه ، فلا يجب بقتله

(١) انظر ص ٥١ من هذه الرسالة .

(٢) المبسوط ج ٢٤ ص ١٤٣

شيء لما بينا»^(١) فهو يشير بقوله : « لما بينا » الى ما أورده قبل هذه الجملة وهو قوله : « ومن شهر على المسلمين سيفاً فقد وجب قتله ، ولا شيء بقتله ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « من شهر على المسلمين سيفاً فقد أبطل دمه »^(٢) ولأن دفع الضرر واجب ، فوجب عليهم قتله اذا لم يمكن دفعه الا به ، ولا يجب على القاتل شيء لأنه صار باغياً بذلك »^(٣) .

فقد قرر حكم من شهر على المسلمين سيفاً ، فأوجب قتله إن لم يندفع بما دون القتل . واستدل عليه بالمنقول ، وهو الحديث المذكور ، والمعقول ، وهو وجوب دفع الضرر ، ثم عطف عليه حكم من شهر على رجل سلاحاً فدفعه غيره عنه بقوله : « وكذا اذا شهر على رجل سلاحاً فقتله ، أو قتله غيره دفعاً عنه فلا يجب بقتله شيء لما بينا » . فجعل حكم الدفاع عن نفس الغير ، مساوياً لحكم الدفاع عن النفس في الوجوب ، ونفى المسؤولية الجنائية أو المدنية . وكذلك استدل الشلبي على الدفاع عن الغير بقوله عليه الصلاة والسلام : « انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً »^(٤) ، يعنى اذا كان ظالماً تمنعه عن الظلم ، واذا كان مظلوماً تمنع الظلم عنه^(٥) .

ويظهر من مناقشة ما أورده الحنفية ، أنهم يوجبون الدفاع عن نفس الغير ، كوجوب الدفاع عن النفس . فمن يعتدى على غيره فقد أباح دمه بعمداً ، ولغير المعتدى عليه الاستفادة من هذه الإباحة في الدفاع عنه بمقتضى الحديثين المذكورين ، وبمقتضى أن دفع الضرر واجب عن النفس وعن الغير .

(١) تبين الحقائق ج ٦ ص ١١٠ ، وانظر تكملة البحر الرائق

ج ٨ ص ٣٤٤

(٢) سنن النسائي ج ٧ ص ١٠٨ ، وانظر نصب الراية ج ٤ ص ٣٤٧

(٣) تبين الحقائق ج ٦ ص ١١٠

(٤) صحيح البخارى ج ٣ ص ١٥٩ ، ١٦٠

(٥) حاشية الشلبي ج ٦ ص ١١٠

وكذلك استدل الشافعية والحنابلة^(١) بحديث : « انصر أخاك ظالما أو مظلوما » ولكنهم يزعمون أن الخلاف الذي يجري في حكم الدفاع عن النفس ، يجري في حكم دفاع الشخص عن نفس غيره . فيجب حيث يجب دفاع الشخص عن نفسه ، ويجوز حيث يجوز . يقول النووي : « والدفع عن غيره كهو عن نفسه وقيل يجب قطعا »^(٢) . وقد علل الجلال الوجوب بأن الشخص الايثار بحق نفسه دون حق غيره ، فيجب عليه أن يدافع عن غيره . ولكنهم يقيدون الوجوب بشرط أن يأمن المدافع عن غيره على نفسه الهلاك ، لأنه لا يلزمه أن يعرض بحياته في سبيل غيره ، ولا أن يجعل روحه فداء لروح غيره^(٣) . يقول الشرييني : « محل الوجوب اذا أمن الهلاك كما صرح به في أصل الروضة ، اذ لا يلزمه أن يجعل روحه بدلا عن روح غيره »^(٤) .

وبالإضافة الى الحديث السابق ، استدل الحنابلة بحديث : « ان المؤمنين يتعاونون على الفتن »^(٥) . ولأنه لولا التعاون ، لذهبت أموال الناس وأنفسهم . يقول ابن قدامة في ذلك : « واذا صال على انسان صائل يريد ماله أو نفسه ظلما ، أو يريد امرأة ليزني بها فلغير المصول عليه معوقته في الدفع لأن النبي صلى الله عليه

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٦ ، والمغنى ج ١٠ ص ٣٥٣

(٢) منهاج الطالبين بشرح الجلال - النووي - ج ٤ ص ٢٠٧ ، وانظر نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٣

(٣) شرح الجلال بهامش حاشية قليوبى وعميرة ج ٤ ص ٢٠٧ ، ومغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٥ ، ونهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٣ ، ٢٤ ، وكشاف القناع ج ٦ ص ١٥٦

(٤) مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٥

(٥) انظر سنن أبى داود - الطبعة الاولى (١٩٥٢ م) ج ٢ ص ١٥٧ والفتان : اللص الذى يعرض للرفقة في طريقهم وجميع الفتن : فتن . (لسان العرب) .

وسلم قال : « انصر أخاك ظالماً أو مظلوما » وحديث : « ان المؤمنين يتعاونون على الفتان » (١) .

وفيما اطلعنا عليه من كتب المالكية ، لم نقف على نص صريح يحدد موقفهم من حكم الدفاع عن نفس الغير واذا نظرنا الى عباراتهم ، نجد أنهم يعممون كلمتي « نفس » و « معصوم » عند تعرضهم لحكم الدفاع عن النفس . يقول ابن عبد السلام : « يجوز دفعه عن كل نفس معصومة ، كانت من المسلمين ، أو من أهل الذمة » (٢) . ويقول ابن العربي : « والمدفوع عنه كل معصوم ، من نفس وبضع » (٣) . ويقول الخرشي : « واذا صال على نفس أو مال أو حريم ، فانه يشرع دفعه عن ذلك » (٤) . ويقول ما يابى الجكني : « ان حفظ النفس واجب في جميع شرائع الأنبياء — عليهم الصلاة والسلام — ولا يمكن حفظها في هذه الحالة ، الا بدفع الصائل ، وقصد قتله ، ان علم انه لا يندفع الا به » (٥) .

فيدخل في عموم « نفس » و « كل معصوم » نفس الغير ، فيجب الدفاع عنها عند تعرضها للخطر ، لأنها نفس معصومة . وبذلك لا يخرجون عما ذهب اليه الجمهور ، خاصة اذا فسرنا النفس بمعناها اللغوي « بمعنى الأخ » (٦) فتشمل نفس الشخص ذاته ، ونفس أخيه برابطة النسب أو الاسلام .

ونخلص من الآراء والأدلة ، التي استند اليها الجمهور من الفقهاء الى انه الدفاع عن نفس الغير واجب عند الضحية ، ويجرى فيه الخلاف

(١) المغني ج ١٠ ص ٣٥٣

(٢) تبصرة الحكام ج ٣ ص ٣٥٦

(٣) حاشية البناني على شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٨

(٤) شرح الخرشي ج ٨ ص ١١٢

(٥) فتح المنعم ج ٣ ص ١٧٧

(٦) انظر ص ٧٧ (هـ) .

الذى يجرى فى الدفاع عن النفس عند الشافعية والحنابلة • فيجب عند القاتلين بوجوبه ، ويجوز عند القاتلين بجوازه • وأن المالكية لا يخرجون عن دائرة ما ذهب اليه الجمهور • والنظر فى مذهبهم يؤدى الى وجوب الدفاع عن نفس الغير ، لأن القول بوجوبه هو أصبح القولين عندهم^(١) وتعميمهم لعبارة « نفس » يشمل نفس الشخص ، ونفس غيره كما أسلفنا • فيجب على كل شخص يرى شخصا يتعرض الى عدوان ، أن يدفع عنه ذلك العدوان ما أمكنه ذلك ، وبالتدرج الذى يدفع به كل معتد ولو أدى الدفاع الى ازهاق روح المعتدى ، ولا مسئولية عليه فيه • يقول ابن بطال : « إن القادر على تخليص المظلوم ، توجه عليه دفع الظلم بكل ما يمكنه ، فاذا دافع عنه ، لا يقصد قتل الظالم واقما يقصد دفعه ، فلو أتى الدفع على الظالم ، كان دمه هدرا ، وحينئذ لا فرق بين دفعه عن نفسه أو عن غيره »^(٢) .

* * *

● الدفاع عن عرض الغير :

اتفق جمهور الفقهاء على وجوب الدفاع عن العرض سواء أكان عرض الشخص نفسه ، أو عرض غيره^(٣) • وقد صرح فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة ، بلزوم الدفاع عن عرض الغير • ومن عباراتهم التى تدل على ذلك : « لو رأى رجلا يزنى بامرأته ، أو امرأة آخر وهو محصن ، فصاح به فلم يهرب ، ولم يمتنع عن الزنا ، حل له قتله ولا قصاص عليه »^(٤) .

- (١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٣ ، وشرح الزرقانى وحاشية البنانى ج ٨ ص ١١٨ ، وحاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣٥٧
 (٢) فتح البارى ج ١٥ ص ٣٥٦
 (٣) انظر ص ٨٨ ، ٩٠ من هذه الرسالة .
 (٤) رد المحتار ج ٤ ص ٦٣ ، ج ٦ ص ٥٦٠ ، وانظر الدر المختار ج ٤ ص ٦٣ ، والجامع الوجيز ج ٦ ص ٤٣٢

و « يجب دفع الزانى عن المرأة ولو أجنبية »^(١) . « واذا صال على انسان صائل » يريد ماله أو نفسه ظلما ، أو يريد امرأته ليزنى بها ، فلغير المصول عليه معوته فى الدفع »^(٢) .

وفيما اطلعنا عليه من كتب المالكية ، لم نقف على نص صريح يوجب الدفاع عن عرض الغير ، ولكن سياق عباراتهم يدل على أنه يجب على الشخص كدفاعه عن نفسه وعرضه^(٣) . وذلك لأن تعميمهم لعبارة « حرمة » و « بضع » يخل فيه حریم الشخص نفسه ، وحریم غيره . يقول الخرشي : « واذا صال على نفس أو مال أو حریم ، فانه يشرع دفعه عن ذلك »^(٤) ويقول ابن العربي : « والمدفوع عنه كل معصوم من نفس وبضع »^(٥) . كما يقول الزرقانى : « أى أراد المصول على نفس أو مال أو حریم فإن أبى الا المصول دفعه بالقتل عما قصد من قتل ، أو هتك حرمة لزنا »^(٦) .

فانهم لم يفرقوا بين حكم دفاع الشخص عن عرضه وعرض غيره وقد رأينا أن جمهورهم يقول بوجوب دفاع الشخص عن عرضه ، كدفاعه عن نفسه^(٧) . وأن تنكيرهم وتعميمهم لعبارات « حرمة » و « حریم » و « بضع » يحصلنا على القول بأن وجوب الدفاع عن عرض الغير ، هو رأى جمهور المالكية . وخلاصة القول أنه يجب على الشخص ، باتفاق

(١) اسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٨ ، وانظر مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٥ ، ١٩٧

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٣٥٣ وقد نبه الشيبانى فى نيل المآرب ج ٢ ص ١٥٠ الى أنه يجب على الشخص الدفع عن حرمة غيره مع ظن سلامة الدافع والمدفوع عن عرضه فى قوله : « ويجب على كل مكلف ان يدفع عن حریم غيره » .

(٣) انظر ص ٨٩ ، ٩٠ من هذه الرسالة .

(٤) شرح الخرشي ج ٨ ص ١١٢

(٥) حاشية البناني ج ٨ ص ١١٨

(٦) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٨

(٧) انظر ص ٩٠ من هذه الرسالة .

جمهور الفقهاء ، أن يدافع عن عرض غيره ، اذا تعرض للعدوان ، كما
يدافع عن عرضه .



● الدفاع عن مال الغير :

كما يباح للشخص أن يدافع عن ماله ، كذلك يباح له أن يدافع
عن مال غيره ، اذا تعرض للعدوان ، لأن حماية حق الغير ، من المبادئ
المستقرة . في القاعدة الأصولية « أن حق الغير محافظ عليه شرعا » (١)
ومن الفقهاء ، من يجعل الدفاع عن مال الغير جائزا ، ومنهم من يجعله
واجبا ، كما سيتضح ذلك من دراسة آرائهم .

فاذا تتبعنا ما أورده الحنفية من عبارات ، نجد أنهم يقولون بجوازه .
يقول السرخسي : « ويسعه أن يقاتل عليه » وكذلك يسع من عين ذلك
أغاثته عليه . وابن آتى ذلك على نفسه ، اذا امتنع وهو فى موضع لا يقدر
فيه على سلطان يأخذ له بحقه ، لأنه يعلم أنه ملكه » (٢) .

فهو يرى أنه يجوز للشخص أن يقاتل من يأخذ ماله غصباً حتى
يأخذه منه ، اذا امتنع الإخذ عن رده اليه ، ولم يكن صاحب المال فى
موضع يستطيع فيه أخذ ماله بالسلطة . وأنه يجوز لمن شاهد واقعة
الغصب أن يعين صاحب المال على أخذ ماله . والمعاونة فى هذا الموقف
تقتضى مقاتلة المعتدى ، وهى مساهمة فى فعل الدفاع عن مال الغير ،
وهو بذلك يجيز للشخص أن يدافع عن مال غيره ، ما دامت حماية
السلطة غير متوفرة .

ويقول الكمال : « ولو أن لصوصاً أخذوا متاع قوم فاستغاثوا
بقوم وخرجوا فى طلبهم ، إن كان أرباب المتاع معهم حل لهم قتالهم .

(١) الموافقات ج ٢ ص ٣٢٢ (٢) المبسوط ج ١٠ ص ١٨٢

وكذا اذا غابوا ، والخارجون يعرفون مكانهم ، وتقدرون على رد المتاء عليهم» (١) .

ويقول ابن عابدين : « من رأى رجلا ينقب حائط غيره وهو معروف بالسرقه ، فصاح به ولم يهرب حل له قتله ولا قصاص عليه » (٢) .
فهم يجيزون الدفاع عن مال الغير ولا يسألون من يقوم بذلك عما يترتب على فعله من جناية .

ومن المتفق عليه بين فقهاء المالكية جواز الدفاع عن المال الا في الحالة التي أشرنا اليها (٣) واذا سلكنا المسلك نفسه الذي أخذنا به في موقفهم من الدفاع عن نفس وعرض الغير (٤) نجد أن اطلاقهم لعبارة « مال » يشمل بعمومه مال الشخص نفسه ، ومال غيره . يقول خليل : « وجاز دفع صائل بعد الانذار للفاهم وان عن مال » (٥) . وفيما أورده الباجي عن مالك ما يفيد اباحة الدفاع عن مال الغير ، فهو يقول : « قال مالك في أعراب قطعوا الطريق : جهادهم أحب الى من جهاد الروم وقد قال صلى الله عليه وسلم : « من قتل دون ماله فهو شهيد » واذا قتل دون ماله ومال المسلمين فهو أعظم لأجره » (٦) .

فقد جعل من يقاتل فيقتل في سبيل حماية مال المسلمين ينال أعظم الأجر ، ومال المسلمين بالنسبة للشخص ذاته مال لغيره .

وكما يرى الحنفية والمالكية جواز الدفاع عن مال الغير ، يرى جمهور الشافعية والحنابلة جوازه كذلك (٧) .

(١) فتح القدير ج ٤ ص ٢٧٦ ، وانظر المبسوط ج ٢٤ ص ٣٧

(٢) رد المحتار ج ٦ ص ٥٤٦

(٣) انظر ص ١٢٧ من هذه الرسالة .

(٤) انظر ص ١٤٢ ، ١٤٥ من هذه الرسالة .

(٥) مختصر خليل بشرح الخرشى ج ٨ ص ١١٢ ، وانظر شرح

الخرشى ج ٨ ص ١١٢ ، وشرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٨

(٦) المنتقى ج ٧ ص ١٧٠

(٧) مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٦ ، واللفنى ج ١٠ ص ٣٥٣

يقول ابن قدامة : « واذا صال على انسان صائل يريد ماله
فلغير المصول عليه موقوفته في الدفع . ولو عرض اللصوص لقافلة جاز
لغير أهل القافلة الدفع عنهم » (١) .

وقد استدلل لذلك بقوله صلى الله عليه وسلم : « انصر أخاك
ظالماً أو مظلوما » ، ويقول : « ان المؤمنين يتعاونون على الفتنان »
وبأنه لولا التعاون لذهبت أموال الناس وأنفسهم لأن قطاع الطريق ،
وعصابات النهب ، اذا افتردوا بأخذ مال انسان ، ولم يعنه غيره
عليهم ، فانهم يأخذون أموال كافة الناس الواحد تلو الآخر (٢) .
وقد ذهب الامام الغزالي الى القول بوجوب الدفاع عن مال الغير ،
بشرط ألا ينال المدافع مشقة في بدنه ، أو خسران في ماله ، أو نقصان
في جاعه . فأما ان كان يلحقه تعب أو ضرر في مال أو جاعه ، فلا يلزمه
الدفاع عن مال غيره ، لأن حقه مرعى في منقعة بدنه ، وفي ماله وجاعه .
كحني غيره ، فلا يلزمه أن يقضى غيره بنفسه (٣) .

وقد استظهر الشيرازي جواز الدفاع عن مال الغير ، ويرى أن
ما ذهب اليه الغزالي ضعيف (٤) ، ووصف الصنعاني القول بوجوب الدفاع
عن المال بالشذوذ (٥) . ومن الحنابلة يرى الشيباني وجوب الدفاع
عن مال الغير مع ظن سلامة الدافع والمدفوع عن حرمة أو ماله (٦) .
وقد استظهر البهوتي وجوب اعانة الغير ، في الدفاع عن ماله ، ان كان
المال في قافلة وظن المدافع السلامة (٧) .

-
- (١) المغنى ج ١٠ ص ٣٥٣ (٢) المغنى ج ١٠ ص ٣٥٣
(٣) احياء علوم الدين ج ٢ ص ٣٢٣ ، وانظر مغنى المحتاج ج ٤
ص ١٩٦ ، واعانة الطالبين ج ٤ ص ١٧٢
(٤) حاشية الشيرازي ج ٨ ص ٢٣
(٥) سبل السلام ج ٤ ص ٤٠
(٦) نيل المآرب ج ٢ ص ١٥٠
(٧) كشف القناع ج ٦ ص ١٥٦

وخلص القول : ان جمهور الفقهاء يرون جواز الدفاع عن مال الغير ، من غير قيد بظن السلامة أو غيره .

● الدفاع عن الغير في القانون :

تنص المادة (٥٦) من قانون العقوبات على الآتي : « مع مراعاة القيود المبينة فيما بعد يكون لكل شخص الحق في الدفاع الشرعي : (١) عن جسمه أو جسم أى شخص آخر ، ضد أية جريمة تؤثر في سلامة الجسم .

(ب) عن مال ثابت أو منقول مملوك له أو لغيره ، ضد أى فعل ، يعتبر جريمة حسب التعريف المقرر لجرائم السرقة ، أو النهب ، أو الاتلاف أو التعدى الجنائي ، أو أى فعل من أفعال الشروع ، في ارتكاب إحدى هذه الجرائم » .

فهى تعطى الشخص الحق في الدفاع عن نفسه ، وماله المنقول أو الثابت ، ضد الجرائم التى سبق توضيحها في مجال المقارنة في الدفاع عن النفس والمال^(١) وتعطى كذلك الشخص حق الدفاع عن الآخرين - عن أنفسهم وأموالهم - بنفس القدر الذى أعطته للشخص عن نفسه وماله بدون استثناء ، وبشرط ألا يضطر بارتكاب جريمة في سبيل الدفاع عن الآخرين . ولا يشترط لقيام الدفاع الشرعي أن تكون بين المدافع والمعتدى عليه ، علاقة قرابة ، أو صداقة أو عمل^(٢) . وكل ما يشترط ، أن يكون هناك اعتداء حال ، أو على وشك الحلول ، على ذلك الشخص الآخر ، يبيح له الدفاع عن نفسه ، أو ماله في ظل الشروط والقيود المحددة في القانون ، بمعنى أن يضع الشخص نفسه وماله في موضع الشخص الآخر المعتدى على نفسه أو ماله ، فإن كان الوضع الذى فيه ذلك الشخص الآخر لو وقع على الشخص نفسه أو ماله ، يبيح له الدفاع الشرعي ، عن نفسه أو ماله . فانه يبيح له الدفاع

(١) انظر ص ٨٥ من هذه الرسالة .

Gledhill op cit, p. 132

(٢)

عن نفس ومال الغير ، بنفس القدر الذى يبيحه له عن نفسه أو ماله .
أما إن كان ذلك الشخص الآخر ، فى وضع لا يملك فيه حق الدفاع
عن نفسه أو ماله قانوناً ، فانه لا يباح لشخص آخر أن يدافع عنه
لأن الشخص لا يدافع عن شخص لا يملك حق الدفاع عن نفسه
أو ماله (١) .

ففى قضية حكومة السودان - ضد : محجوب عبد الله عبد المالك
(١٩٦٢ م) التى يتضح من وقائعها ، أن المجنى عليه ، دخل منزل خميسة
ليلاً ، وسرق منه بعض الأمتعة وكافت هى بالداخل ، فلما رآها ولى
هارباً ، ومعه المسروقات ، فصاحت مستنجدة (Hue and cry) - فهب
جارها - المتهم - حاملاً حراجه ، وجرى وراء المجنى عليه ، الى أن لحق
به ، فطعنه المجنى عليه ، وما كان من المتهم إلا أن رمى المجنى عليه
بحرية أصابته فى ظهره ، فحاول المجنى عليه مهاجمة المتهم ولكن المتهم
طعنه تحت ابطه وأخرى بين ضلوعه فأرداه قتيلاً .

قررت المحكمة أن المتهم عندما طعن المجنى عليه ، كان يمارس
حقه فى الدفاع عن نفسه ، وممتلكات جارته . ولكنه تجاوز حقه فى
الدفاع بطعنه اياه للمرة الثالثة (٢) . فقد أقرت المحكمة حق المتهم فى
الدفاع الشرعى عن مال جارته ، عندما كان يطارد المجنى عليه ، لاسترداد
ذلك المال ، وأما قرارها بتجاوزه حق الدفاع فلا يتنافى مع ثبوت الحق
له فى الدفاع عن الغير ، لأن من المسلم به ، أنه التجاوز لا ينشأ إلا بعد
وجود أصل حق الدفاع .

وخلاصة ما جاء بنص القافون ، والوقائع التطبيقية التى مارستها
المحاكم ، أن القافون يبيح للشخص الدفاع عن نفس ومال الآخرين
ضد كل الجرائم الماسة بسلامة الجسم ، أو المال . وبمقارنة ذلك
بما أخذت به الشريعة ، يتضح أن الشريعة والقانون يتفقان على الدفاع
عن نفس ومال الغير فى النطاق الذى يباح فيه للشخص الدفاع عن نفسه
وماله . * * *

الفصل الرابع

شروط نسيء وشروط استعمال الدفاع الشرعي وإيجابه

- شروط نشوء الدفاع الشرعي في
الفقه الاسلامي .
- شروط استعمال الدفاع الشرعي
في الفقه الاسلامي .
- الاثبات في الدفاع الشرعي في
الفقه الاسلامي .

شروط نشوء واستعمال الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى

نشوء الدفاع مرتبط بحدوث الاعتداء ارتباطا وثيقا ، فلا يتصور وجود دفاع من غير أن يسبقه حدوث اعتداء ، ونشوء واستعمال الدفاع شروط لا بد من توافرها ، ولكى نوضح تلك الشروط وما يتفرع عنها من مسائل فى الفقه الاسلامى ، سنعالج هذا الفصل فى مباحث :

• نخصص الأول منها : لشروط نشوء الدفاع •

• والثانى : لشروط استعماله •

• والثالث : لاثباته •

* * *

المبحث الأول

شروط نشوء الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى

لكى ينشأ الحق فى الدفاع عن النفس أو العرض أو المال ،
لا بد من تحقيق شرطين :

الشرط الأول - أن يكون هناك اعتداء على النفس أو العرض
أو المال :

يجب أن يكون الفعل الواقع على نفس أو عرض أو مال المعتدى
عليه ، أو على غيره اعتداء ، بمعنى أنه فعل غير مشروع ، فمن يشهر
سلاحاً فى وجه شخص يريد الحاق الأذى بـ « أو قتله ، أو
يرتكب الفاحشة مع محارمه ، أو يأخذ ماله قهراً ، يرتكب فى حق
جرائم^(١) محظورة بمقتضى نصوص الشريعة الغراء ، التى صانت الأنفس
والأعراض والأموال ، وجعلت حمايتها مقصداً من مقاصدها السامية .
يقول صلى الله عليه وسلم : « إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم وأبشاركم
عليكم حرام كحرمة يومكم هذا ، فى شهركم هذا ، فى بلدكم هذا »^(٢) .
ويلزم من اشتراط كون الفعل اعتداءً ، أن يباح للمعتدى عليه
دفعه عن نفسه ، وعن غيره لقوله تعالى : « فمن اعتدى عليكم فاعندوا
عليه بمثل ما اعتدى عليكم »^(٣) وقوله صلى الله عليه وسلم : « من قتل

(١) الاحكام السلطانية - الماوردى ص ٢١٩ : « الجرائم محظورات
شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير » .
(٢) صحيح البخارى ج ٩ ص ٦٣ ، وانظر المبسوط ج ١١ ص ٤٩ ،
ومجلة الأزهر ج ٧ مجلد ٢٢ ص ٦٢٨ « حكم الله فى المسلم يقاتل المسلم » .
مقال الاستاذ محمد حسنين محمد مخلوف .
(٣) البقرة : ١٩٤

دون ماله فهو شهيد ، ومن قتل دون دينه فهو شهيد ، ومن قتل دون دمه فهو شهيد ، ومن قتل دون أهله فهو شهيد « (١) .

● العدوان معصية :

ويترتب على وصف الفعل بأنه اعتداء أن يكون معصية - أى جريمة - وبمعنى آخر أن يكون فعلاً غير مشروع ولا خلاف فى أن الضرب والجرح والقتل وهتك الأعراض والسرقات ، معاصى خطيرة ، مخلة بأمن المجتمع وسلامته . وقد فرغت الشريعة من بيان حدودها وزواجرها ، وهى جرائم محظورة يصدق عليها قول الماوردى : « الجرائم محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير » (٢) .

وإذا نظرنا الى أن الصيال هو : الاستطالة والوثوب على الغير (٣) . وأن الصائل هو : الظالم بلا تأويل ولا ولاية (٤) . نجد أن ذلك يؤدى الى أن الصيال هو الاعتداء وأن الصائل هو المعتدى (٥) . وأن الصيال فى حد ذاته معصية . ومن عبارات الفقهاء الدالة على ذلك ، قول اللبمياطى فى المرأة الحبلى اذا اعتدت على شخص فدفعها عن نفسه ، وأدى ذلك الى هلاكها مع جنينها : « أى ولو آدمية حاملا ، فاذا صالت على انسان ، ولم تندفع الا بقتلها مع حملها ، جاز على المعتمد ولا ضمان . ولا (٦) فرق بينها وبين الجانية حيث يؤخر قتلها بأن المعصية هناك قد انقضت وهنا موجودة مشاهدة حال دفعها وهى الصيال » (٧) .

(١) صحيح الترمذى بشرح ابن العربى ج ٦ ص ١٩١

(٢) الأحكام السلطانية ص ٢١٩

(٣) فتح المعين ج ٤ ص ١٧٠

(٤) السياسة الشرعية ص ٨٧

(٥) الحكم التخييري ص ٤٧٩ ، وانظر ص ٢٥ ، ٢٦

(٦) يفهم من سياق الحديث أن المقصود : « وفرق بينها وبين الجانية »

باسقاط « لا » ولعل هناك خطأ مطبعيا .

(٧) اعانة الطالبين ج ٤ ص ١٧١

ومثله قول البجيرمي : « الحامل فله دفعها ولا يضمن حملها ولو أدى الدفع الى قتله • وفرق بينه وبين الجناية حيث يؤخر قتلها بأن المعصية هناك قد انقضت وهنا موجودة ، ومشاهدة حال دفعها وهي الصيال » (١) •

والملاحظ أن المرأة الحبلى اذا جنت جناية يترتب عليها حد أو قصاص ، يؤجل تنفيذ عقوبتها حتى تضع حملها وتجد مرضعا لولدها ، أو يبلغ مرحلة الفطام (٢) • أما الصائل الحبلى فلا يؤجل دفعها بحجة أنها حبلى يخشى على جنينها الهلاك ، لأن اعتداءها الحال أهدر دمها وحملها ، ولا ضمان فيهما •

فكل صيال يعتبر معصية ، أى جريمة ، ويكون دفعه مشروعا ، سواء أكان جريمة معاقبا عليها ، لصدورها من شخص أهلا للعقوبة ، أو جريمة لا عقاب فيها ، لصدورها ممن لم تتوفر فيه أهلية العقوبة ، كصيال الصبى والمجنون • أو لم يكن جريمة كعدوان الحيوان •

ويترتب على اشتراط الاعتداء « أن الأفعال التى أوجبها الشريعة ، أو أجازتها ، لا تعتبر اعتداء ، ولا يجوز دفعها ، ولا ينشأ بسببها حق الدفاع الشرعى ، الا اذا تجاوز من يياشرها الحد المقرر له شرعا ، فتصير عندئذ تمديدا • فالجلاد حين يياشر تنفيذ حد القتل أو قطع السارق والمحارب • والزوج حين يؤدب زوجته ، والمعلم والأب حين يؤدبان الصبى (٣) • والمعتدى عليه حين يدفع الاعتداء عن نفسه ، لا يعتبر فعلهم جريمة معاقبا عليها ، ولا يجوز دفعه ، لأنه فعل مقرر بمقتضى الشريعة ، وكل فعل مقرر بمقتضى الشريعة ، تجب طاعته والاذعان له •

(١) حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب - البجيرمي - الطبعة الثالثة (١٣٠٩ هـ) المطبعة المنيرية ج ٤ ص ٢١٨ ولعل هناك خطأ مطبعيا والمراد بالجناية : الجنانية .

(٢) الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٢٦٠ ، وشرح منهج الطلاب بهامش حاشية البجيرمي ج ٤ ص ١٤٣
(٣) التشريع الجنائى الاسلامى ج ١ ص ٤٧٩

وبمقارنة ذلك بالقانون ، نجد أن القانون يشترط في الاعتداء الملقى يبيح الدفاع ، أن يكون جريمة على نفس الشخص أو ماله ، أو نفس غيره أو ماله « كما تقضى بذلك المادة رقم (٥٦) من قانون العقوبات : « مع مراعاة القيود المبينة فيما بعد ، يكون لكل شخص الحق في الدفاع الشرعي :

(أ) عن جسمه أو جسم أى شخص آخر ضد أية جريمة تؤثر في سلامة الجسم .

(ب) عن مال ثابت أو منقول ، مملوك له أو لغيره ضد أى فعل يعتبر جريمة حسب التعريف المقرر لجرائم السرقة أو النهب أو الاغلاف أو للتعدى الجنائى ، أو أى فعل من أفعال الشروع فى ارتكاب احدى هذه الجرائم » .

كما نجد أنه يبيح الدفاع ضد أى عدوان ، سواء أكان مصدره شخصا كامل الأهلية أو ناقصها كما تقضى بذلك المادة رقم (٥٧) من قانون العقوبات . أو كإن مصدره حيوانا^(١) . ولا يعتبر من فيل الاعتداء استعمال الحق أو أداء الواجبات ، فلا ينشأ حق الدفاع ضد من يستعمل حقه أو من يقوم بأداء واجب عليه^(٢) . ومن هذا يتضح أنه لا خلاف بين الشريعة والقانون فى اشتراط أن يكون الفعل المراد دفعه « اعتداء » وأنه يباح دفعه سواء أكان مصدره انسانا كامل الأهلية ، أو ناقصها ، أو حيوانا أعجم .

● دفع الصبى والمجنون والحيوان فى الفقه الإسلامى :

اتفق الفقهاء على إباحة دفع كل معتد ، سواء أكان شخصا مخاطبا بأحكام الشريعة ، أم غير مخاطب ، أم كإن حيوانا كالجمل الصائلى ، والكلب العقور ، ولو أدى الدفع الى قتله ، إن كان لا يندفع الا بالقتل .

(١) انظر ص ١٦٨ من هذه الرسالة .

(٢) معلقا عليه ص ٧٧ - ٨١

كذلك اتفقوا على اهدار دم المعتدى المكلف - البالغ العاقل - في الحالات التي تقتضى قتله دفاعا - ولكنهم اختلفوا في الأثر المترتب على قتل غير المكلف .

فالمالكية والشافعية والحنابلة يرون أنه اذا اعتدى صبي ، أو مجنون ، أو صال حيوان على شخص ، ولم يدفع الا بقتله فقتله المعتدى عليه ، فلا يلزمه قصاص ولا دية ، ولا كفارة ، في الصبي والمجنون ، ولا قيمة في الحيوان ويذهب هدرا ، وحجتهم في ذلك :

أولا : أن الأصل عدم الضمان ، لأن المعتدى عليه في حالة الدفاع ، يؤدي عملا مباحا ، بل هو مأمور بقتال المعتدى حتى يدفعه ولو أتى الدفع على نفسه ، وبين الأمر بالقتال والضمان منافاة فلا يجتمعان .

ثانيا : قياس الصبي والمجنون والحيوان ، على المسلم المكلف ، اذا اعتدى على غيره فقتله المعتدى عليه ، فان عدوانه يحل حرمة ويهدر دمه ، فلا قصاص ولا دية ولا كفارة في الأولين ، ولا قيمة في الأخير . واذا كان المكلف - البالغ العاقل - يذهب هدرا ، وهو أكمل قدرا ، فان الحيوان أقل حرمة وأصغر قدرا وأولى أن يجوز ذلك فيه ، وكذلك الصبي والمجنون .

ثالثا : القياس على الدابة المعروفة بالأذى ، فانها تقتل ، ولا ضمان فيها اجماعا (١) .

رابعا : قياس الحيوان الصئول على العبد الذي يعتدى على الحر فيقتله الحر دفعا له ، فلا ضمان عليه فيه .

يقول الباجي في تنظير الحيوان الصائل بالعبد الصائل على الحر : « ان من صال عليه جمل أو دابة فقتلها أو قامت له بيئة بأنه قد خافها على نفسه أن تقتله ، فلا ضمان عليه . . . » والدليل على ما نقوله ، أن

(١) الفروق ج ٤ ص ١٨٣ - ١٨٥ ، وحاشية الدسوقي ج ٤ ، ٣٥٧ ، والأم ج ٦ ص ١٧٢ ، ١٧٣ ، ومختصر المزني بهامش الأم . ص ١٧٨ ، واسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٦ ، والمفنى ج ١ ص ٣٥١

من قتل مضرًا على نفسه دفعا له عنها ، فانه لا ضمان عليه فيه ، كالعبد يريد قتل الحر^(١) فيقتله الحر دفعا له عن نفسه ، فانه لا شيء عليه من قيمته^(٢) .

خامسا : أن الصائل غير معصوم الدم بالنسبة للمصول عليه ، فهو هدر لستقوط حرمة بالصول^(٣) .

ومنا ساقه الجمهور ، يتضح أنهم لا يشترطون لنشوء حق الدفاع

(١) اذا جنى الحر على العبد عمدا فعند الحنفية يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى : « **النفس بالنفس** » (المائدة : ٤٥) ، وقوله ﷺ : « المسلمون تتكافأ دماؤهم » ويرى الأئمة أنه لا يقتل الحر بالعبد ، وعلى الحر قيمة العبد ، لما روى أن عليا رضي الله عنه قال : من السنة ألا يقتل حر بعبد ، وعن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال : « لا يقتل حر بعبد » . أما اذا كان العبد صائلا على الحر ، فقتله الحر ، فيذهب هدرًا ، هذا اذا كان الجاني حرا ، أما اذا كان الجاني عبدا ، فجنايته تتعلق برقبته . ويرى الحنفية أن مولاه بالخيار بين أن يدفعه لولى الجناية فيملكه ، أو يفديه بأرض الجناية ، قل أو كثر ، لما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما : « أنه اذا جنى العبد فمولاه بالخيار أن شاء دفعه وأن شاء فداه » ، وعن علي رضي الله عنه مثله ، وقد أجمع الصحابة على ذلك . وبقية الفقهاء خيروا مولى العبد أيضا ، غير أن المالكية يرون فى حالة اختيار الفداء ، أن يدفع المولى الدية ان كان المقتول حرا ، والقيمة ان كان عبدا . والشافعية يرون أن لسيدته ببعه ، وصرف تمنه فى الجناية ، ولا يملكه المجنى عليه بنفس الجناية ، وان كانت قيمته اقل من ارشها ، أو أن يفديه بالأقل من قيمته وارش الجناية . ويرى الحنابلة أن سيده ان اختار أن يسلمه الى ولى الجناية ، لا يلزمه أكثر من تسليمه له ، لأنه سلم اليه ما تعلق حقه به ، وان اختار فداه ، أو امتنع عن تسليمه ، ففى الزامه دفع قيمته روايتان . انظر تفاصيل هذا الحكم فى الاختيار ج ٥ ص ٣٧ ، ٧٠ ، وبدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٧ ، ٢٥٩ ، والمبسوط ج ٢٧ ص ٢٦ ، وحاشية الدسوقي ج ٤ ص ٢٣٨ ، ٢٤٢ ، والشرح الكبير بهامشها ج ٤ ص ٢٦٨ ، والمنتقى ج ٦ ص ٦٦ ، والام ج ٦ ص ٢١ ، ٢٣ ، ومغنى المحتاج ج ٤ ص ١٠٠ ، والمغنى ج ٩ ص ٣٤٩ ، ٣٥٠ - ٣٥٢

(٢) المنتقى ج ٦ ص ٦٦ ، وانظر المغنى ج ١٠ ص ٣٥٠ ، ٣٥١

(٣) كشف القناع ج ٦ ص ١٥٥ ، ١٥٦ ، والعقوبة لابى زهرة

ص ٥٠٣

أن يكون فعل المعتدى جريمة معاقبا عليها فحسب ، ولا أن يكون المعتدى شخصا مسئولاً عن جرائمه ، بدليل أنهم أجمعوا على إباحة دفع الصبي والمجنون والحيوان وسقوط حرمته بعدوانهم ، ولم يلزموا الدافع بأية مسئولية إن أتلّفهم في سبيل القيام بحقه في الدفاع ، مع أن أفعالهم لا توصف بالحرمة ، فلا تقع جريمة ، ولا يسئلون عنها ، بل يكفي لنشوء حق الدفاع على مذهب الجمهور ، وترتب أثره عليه ، وهو انتفاء المسئوليتين الجنائية والمدنية ، أن يكون الفعل علوانا غير مشروع ، سواء أكان مصدره انسانا مكلفا أم غير مكلف ، أم كان حيوانا . وذلك لأن الضمان ، قصاصا كان أو دية في الأشخاص ، أو قيمة في الحيوان ، يتوقف على عدم جواز الفعل ، وينتفى بجوازه ، ودفع الصبي والمجنون والحيوان فعل جائز . بدليل أن الصيد إذا صال على محرم ، فقتله المحرم ، أو السيد إذا اعتدى على عبده فقتله العبد ، أو الأب إذا اعتدى على ابنه فقتله الابن ، لا ضمان عليهم لجواز فعلهم^(١) .

* *

● الحنفية :

أما الحنفية فقد اختلفوا فيما بينهم ، فجمهورهم - عدا أبي يوسف - يرى أنه إذا شهور الصبي ، أو المجنون سلاحا أو صال حيوانا على شخص ، فقتله المصول عليه عمدا ، يسئل مدنيا ، فتجب عليه الدية في الصبي والمجنون ، والقيمة في الحيوان . وحجتهم في ذلك :

أولا : أن الدفاع عن النفس الذي يؤدي إلى قتل المعتدى في معنى القصاص^(٢) ومن شروط وجوب القصاص ، أن يكون القاتل بالغا عاقلًا^(٣) . وهو شرط غير متحقق في الصبي والمجنون ، فليس هم أهل للعقوبة على أفعالهم ، لعدم الاختيار الصحيح . فلا يتصف فعلهم بالحرمة ولذلك لم يقع جريمة تستأهل العقوبة . فإذا صالوا على شخص فقتلوه ،

.. (١) الفروق ج ٤ ص ١٨٥ (٢) العقوبة لأبي زهرة ص ٥٠٣

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٤

لا يجب القصاص على الصبي والمجنون ، لعدم الإدراك ، ولا يجب الضمان بفعل الحيوان ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « العجماء عطلها جبار » ، وفى رواية « العجماء جرحها جبار » (١) .

فاذا كان فعلهم لا يقع جريمة تهدر عصمتهم ، فعصمتهم باقية فاذا قتلهم المصول عليه عمدا ، فقد قتل شخصا ، أو أتلّف مالا معصوما يستل عنه مدنيا ، فيجب عليه الضمان - الدية فى الصبي والمجنون ، والقيمة فى الحيوان - . وما دام فعلهم لا يسقط عصمتهم ، ويجب على متلفهم الضمان ، كان الأقعد أن يجب على قاتل الصبي والمجنون عمدا القصاص ، لأن له اختيارا صحيحا ، ولكن تخلف القصاص لوجود سبب مبيح وهو دفع شرهم ، فتجب الدية (٢) .

ثانيا : أن المعتدى عليه يكون فى حالة عدوان الصبي والمجنون والحيوان عليه ، كالمضطر الى أكل طعام غيره فى المخمصة ، يباح له أن يأكل منه ، وتجب عليه قيمته . يقول البزازی : « وسئل محمد عن مجنون قصد انسافا ليقته ، أو بعير مغتلم (٣) فقتلها المصول عليه ،

(١) صحيح البخارى ج ٩ ص ١٥ جاء فى شرح الكرماني على صحيح البخارى - المطبعة البهية المصرية (١٣٥٦ هـ) - ج ٢٤ ص ٣٦ : « العجماء : البهيمة ، أى ليس على صاحبها بسبب جرحها ضمان ، والمراد بالجرح الالتاف ، سواء اكان بجراحة ام لا . »

(٢) الهداية ج ٣ ص ١٢٢ ، وتبيين الحقائق ج ٦ ص ١١٠ ، ورد المختار ج ٦ ص ٥٤٦ ، ودرر الحكام متلاخسرو - المطبعة الشرفية بمصر (١٣٠٤ هـ) ج ٢ ص ٩٢ ، وتكملة البحر الرائق ج ٨ ص ٣٤٤

(٣) قطر المحيط : الفلمة شهوة الضراب او شدتها وغلم الرجل يغلم غلما وغلمه : اشتد شبقه ، والبعير : هاج من الفلمة .

قال : يضمّنهما • وبه أخذ الفقيه كمن أكل مال إنسان عند المخصصة يضمّن قيمته « (١) •

فذلك يجب على المعتدى عليه أن يدفع عن نفسه شر الصبي والمجنون والحيوان ، ويضمّن الدية في الأولين ، والقيمة في الأخير •

ثالثا : أن المعتدى قاصر والقاصر لا يباح دمه برضائه (٢) وإن كان لا يمكنه إباحة دمه ، فلا يعد باعتدائه قد أباح دمه (٣) •

* * *

● رأى أبى يوسف :

ويفرق أبو يوسف فهو يرى أنه يجب الضمان باتلاف الحيوان ، ولا يجب بقتل الصبي والمجنون وحجته في ذلك :

ان فعل الصبي والمجنون يقع جريمة يستلزم عنها ، لأنه معتبر في الجملة ، فلو أتلغا نفسا أو مالا ، يجب عليهما الضمان فيما أتلغا • وأن عصمتها حق لأنفسهما فاذا صالا على شخص ، فقتلها فلا ضمان عليه فيها ، لأن فعلهما مسقط لعصمتها ، ما دام معتبرا في الجملة •

أما فعل الحيوان فغير معتبر أصلا ، فلو وثب على شخص لا يجب الضمان على مالكه بفعله ، لأن العجماء جرحها جبار • ولأن عصمته لحق

(١) الجامع الوجيز ج ٦ ص ٢٣٣

(٢) عند الحنفية - علما زفر - الرضا بالقتل يسقط العصا لوجود الشبهة ، وفي وجوب الدية روايتان عن أبى حنيفة ، رجح الكاساني وجوبها ، ورجح القدوري عدم وجوبها ، وعند زفر يجب القصاص ، راجع بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٦

(٣) العقوبة لأبى زهرة ص ٥٠٣

مالكه • لأنه مال « وعصمة المال تكون للمالك » (١) • فلو صال حيوان على انسان فقتله دفاعا عن نفسه ، فقد أتلّف مالا معصوما بغير اذن مالكه ، فتجب عليه قيمته • ولا يتأتى قياس الحيوان على الصيد اذا صال على المحرم ، أو صيد الحرم اذا صال على غير المحرم ، لأن الشارع أذن بقتله ، ولم يوجب تحمل أذاه ، كالخمس الفواسق (٢) • أباح قتلها مطلقا لتوهم الايذاء منها • وإذا أبيع قتل الفواسق لتوهم الايذاء ، فمن باب أولى أن يباح قتل الحيوان الصائل عند تحقق الايذاء منه ، ولكن لعدم اذن مالكه بقتله تجب قيمته •

كما لا يتأتى قياسه على عبد الغير ، اذا اعتدى على شخص فقتله المعتدى عليه ، فانه مع وجود المالية فيه ، لا ضمان على قاتله ، لأن له اختيارا صحيحا وعصمته لحق نفسه وفعله محظور فتسقط عصمته بفعله » (٣) •

فأبو يوسف يتفق مع جمهور الحنفية في ضمان الحيوان ، ويختلف معهم في الصبي والمجنون •

وخلاصة مذهب الحنفية ، أن جمهورهم يشترط لقيام حاله الدفاع

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٨

(٢) الخمس الفواسق الى يجوز قتلها في الحل والحرم هي التي تضمنها قوله عليه الصلاة والسلام : « خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم : الحداة ، والحية ، والعقرب والفأرة ، والكلب العقور » لأن هذه الأشياء تبدأ بالأذى وأما السباع اذا صالت فلأنه لما أذن الشرع في قتل الخمس الفواسق لاحتمال الأذى فلأن يأذن في قتل ما تحقق الأذى منه كان أولى . انظر الاختيار في تعليل المختار ، ابن مودود - الطبعة الأولى (١٣٧٦ هـ) المطبعة الميرية ج ١ ص ١٩٠ ، ١٩١ (٣) الهداية ج ٣ ص ١٢٢ ، وتبيين الحقائق ج ٦ ص ١١٠ ، ورد المختار ج ٦ ص ٥٤٦

النصرى التى تسقط المسئوليتين الجنائية والمدنية ، أن يكون فعل الجانى منا يعتبر جريمة معاقبا عليها ، وأن يكون مكلفا ومسئولا عن جرائمه ، فان لم يكن مسئولا عن جرائمه كالصبي والمجنون ، وكذلك الحيوان ، فتقوم حالة الدفاع على أساس حالة الضرورة الملجئة قياسا على حالة الاضطرار الى أكل طعام الغير^(١) فيباح له دفع العدوان^(٢) ويجب عليه ضمان ما ألتف .

ويوافقهم أبو يوسف فى دفع الحيوان على أساس حالة الضرورة فيوجب ضمانه . ويخالفهم فى الصبي والمجنون حيث يرى أن فعلهما يقع جريمة لأنه معتبر فى الجملة ، وتقوم حالة الدفاع على رأيه ، ولو لم يكن المعتدى مكلفا ومسئولا عن جرائمه^(٣) .



● رد الجمهور على الحنفية :

وقد رد جمهور الفقهاء على ما ذهب اليه الحنفية بالآتى :

أولا : أن القتل دفاعا ليس قصاصا من كل وجه ، ولكنه فى معنى القصاص رد الاعتداء بمثله . فاذا وقعت صورة الجريمة ، ولم يكن للمعتدى عليه وسيلة الا قتل المعتدى ، فهو مضطر الى القتل ، وليس مختارا ، ولا ضمان عليه ، لأنه اضطرار يختلف عن الانسطار الى الطعام من حيث المشى^(٤) .

ثانيا : قياس حال الذى يدفع الصبي والمجنون والحيوان

(١) الجامع الوجيز ج ٣ ص ٤٣٣

(٢) المبسوط ج ١٠ ص ١٣٤

(٣) التشريع الجنائى ج ١ ص ٤٧٩ ، ٤٨٠ بند ٣٣٥

(٤) العقوبة لأبى زهرة ص ٥٠٣

على حالة المضطر الى أكل طعام غيره عند المخصصة ، قياس مع الفارق ، وذلك لأن الصائل هو الذى أوجد حالة الدفاع بصياله ، فهو اذن القاتل لنفسه - يعدوافة فلا ضمان فيه .-

أما الطعام فلم يوجد حالة الاعتداء عليه ، ولم يلجئ المضطر الى اقلافه ، ولم يصلح منه ما يزيل عصته . ولكن لجأ المضطر الى اقلافه تحت ضرورة الجوع القاتل القائمة فى نفسه ، فكان سبب الائتلاف من جهة المضطر ، لا من جهة الطعام ، ولما لم يكن الطعام سببا منشئا للائلاف وجب الضمان على آكله فى حالة المخصصة ، ولهذا لو قتل المحرم صيدا لصياله لم يضمنه ، ولو قتله لاضطراره ليأكله ضمنه ، ولو قتل المكلف لصياله لم يضمنه ، ولو قتله ليأكله فى المخصصة وجب عليه القصاص ، وغير المكلف كالمكلف فى هذا (١) .

ثالثا : عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من شهر سيفه ثم وضعه فلمه هدر » (٢) فقد صرح الحديث بأن دم الشاهر هدر ، وهو عام يشمل القاصر وغيره ، وتخصيصه بالقياس لا يجوز ، لأنه لا يجوز اعمال القياس مع النص (٣) .

رابعا : أذا احتجاجهم بأن المفتى قاصر ، ولا يمكنه أن يبيع دمه ، فهو احتجاج غير مسلم ، لأن المكلف لا يملك اباحة نفسه ولو قال أبحت دمي . لأن الاباحة لا تجرى فى النفس ، فاذا اعتدى على شخص فقتله ، فقد أبيع دمه باعتدائه ، ولا ضمان فيه (٤) .

خامسا : أن السبب فى وجوب الضمان هو عدم جواز الفعل ، وليس عدم اذن مالك الحيوان باتلافه ، فاذا كان الفعل جائزا ،

(١) المغنى ج ١٠ ص ٣٥١

(٢) سنن النسائي ج ٧ ص ١٠٨

(٣) العقوبة لأبى زهرة ص ٥٠٣

(٤) المغنى ج ١٠ ص ٣٥١

لا ضمان على فاعله ، وإن لم يكن جائزا يترتب عليه الضمان ، بدليل
أن الصيد لو صال على محرم فقتله المحرم ، أو صال السيد على عبده
فقتله العبد ، أو صال الأب على ابنه فقتله الابن ، لا ضمان عليهم
لجواز فعلهم •

سادسا : قولهم ان البهيمة لا اختيار لها غير مسلم أيضا ، لأن لها
اختيارا اعتبره الشارع • فالكلب لو استرسل بنفسه بدون أن
يرسله على الصيد صاحبه لم يؤكل صيده ، ولو فتح الشخص
قفصا به طائر فقعده الطائر ساعة ثم طار ، لا ضمان على فاتح القفص
لأنه طار باختياره •

سابعا : استدلالهم بقوله صلى الله عليه وسلم : « العجماء جرحها
جبار » فالجواب عليه أن الهدر يقتضى علم الضمان مطلقا (١) •

● ترجيح رأى الجمهور :

يمتاز رأى الجمهور بأنه يتفق مع أصل مشروعية الدفاع الشرعى ،
وهو قوله تعالى : ﴿ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى
عَلَيْكُمْ ﴾ (٢) فقد أمر الله تعالى برد العدوان بمثله • والأمر فى الآية
للإباحة (٣) وهى لا تتفق ولزوم الضمان • كما أن الآية عامة فى
رد العدوان بمثله عموما متفقا عليه (٤) ولم تفرق بين ما اذا كان
المعتدى انسانا عاقلا أو قاصرا أو حيوانا ، وفى عموم قوله صلى
الله عليه وسلم : « من شهر سيفه ثم وضعه فدمه هدر » يدخل
كل شاهر للسلاح على غيره سواء أكان بالغا عاقلا أو غيره ، هذا

(١) الفروق ج ٤ ص ١٨٥ ، والمغنى والشرح الكبير ج ١٠ ص ٣٥١ ،
ج ٥ ص ٤٥٥ ، ٤٥٦ (٢) البقرة : ١٩٤
(٣) روح المعانى ج ٢ ص ٧٧ (٤) القرطبي ج ٢ ص ٣٥٦

من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن الحنفية أنفسهم يرون أن الدفاع واجب ، ويستدلون لوجوبه بهذا الحديث كما أسلفنا في حكم الدفاع^(١) . ويرون أن دفع الاعتداء من باب دفع الضرر ودفع الضرر واجب^(٢) وما دام الحديث فص في موضوعه ، وهو عام لم يفرق بين معتد وآخر . ولا يجوز تخصيصه بالقياس فيشمل عموم دفع الصبي والمجنون ، ولا يتفق أن يجب على الشخص الدفاع عن نفسه ، والضمان في مقابله . كما أن الضرر كما يحدث بفعل الإنسان البالغ العاقل والقاصر ، يحدث بفعل الحيوان ، وقد يكون ضرر الحيوان أبلغ ، فلا يتفق كذلك وجوب دفع ضرر الحيوان وضمانه . وبلزم من قوله صلى الله عليه وسلم : « من قتل دون دمه - أو ماله أو أهله - فهو شهيد » أن للمعتدى عليه قتال المعتدى وقتله ، وإن قتل ينال الشهادة^(٣) . فكيف يكون مأجورا ينال الشهادة إن قتل دون وجه ويتحمل الضمان إن قتل المعتدى . ومن هذه الوجهة فإن مذهب الجمهور متفق مع أساس مشروعية الدفاع « لا سيما وأن أهدار المعتدى يقتضى عدم الضمان مطلقا^(٤) » . وأن المعتدى عليه مأمور يقتال المعتدى حتى يلغمه ولو أتى الدفع على نفسه ، وبز الأمر بالقتال والضمان منافاة^(٥) . ولذلك يترجح مذهب الجمهور على ما ذهب إليه الأحناف ، وتسقط عن الدافع المسؤولية الجنائية والمدنية ، سواء أكان مصدر العدوان إنسانا بالغا عاقلا أو قاصرا أو كان مصدره حيوانا .



-
- (١) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٤٨٧ ، ٤٨٨ ، وانظر ص ٦٦
 (٢) الهداية ج ٣ ص ١٢١ ، وتبيين الحقائق ج ٦ ص ١١٠ ، ونقول
 السرخسي في ذلك : « ثم المشدود عليه يتمكن من دفع شر القتل عن نفسه
 إذا صار مقصودا بالقتل واقدامه على ما هو مباح له ، أو مستحق له ،
 أو مستحق عليه شرعا ، لا يوجب عليه شيئا » المبسوط ج ١٠ ص ١٣٤
 (٣) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢١ (٤) الفروق ج ٤ ص ١٨٦
 (٥) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٦

● دفع الصبى والمجنون والحيوان فى القانون :

يشترط لنشوء الدفاع الشرعى أن يكون الفعل المراد دفعه اعتداء يعتبر جريمة على النفس ، أو على المال ، ومن الأفعال ما يأخذ شكل ومحتوى الجريمة فى صورته الظاهرة ، ولا يعد جريمة فى نظر الشارع القانونى ، وذلك لامتناع المسؤولية الجنائية عن مرتكبيه لصغر سنهم ، أو لعدم نضج ادراكهم ، أو لجنون أو عاهة عقلية ، أو سكر بغير ارادتهم^(١) وهى الحالات التى أشارت إليها المواد (٤٣ و ٤٩ و ٥٠) من قانون العقوبات^(٢) .

فإن نفى صفة الجريمة عن فعل الشخص الذى لا يقدر على ادراك ماهية أفعاله وقت ارتكابها ، بسبب السكر الناشئ عن مادة تعاطاها رغم ارادته ، أو بغير علمه ، والصغير الذى تقل سنه عن العشرة أو تبلغ العاشرة وتقل عن الرابعة عشرة ، ولكنه لم يبلغ من نضج الإدراك ما يكفى لحكمه على ماهية الفعل الذى يقع منه ونتائجه ، والشخص الذى لا يقدر على ادراك ماهية أفعاله والسيطرة عليها ، بسبب الجنون الدائم ، أو المؤقت أو العاهة العقلية أو الغلط فى فهم الواقع ، ورفع المسؤولية الجنائية عن هؤلاء الأشخاص ، يعنى أن الدفاع الشرعى لا ينشأ ضد أفعالهم بمقتضى الشرط المذكور الذى

(١) معلقا عليه ص ٨١

(٢) المادة (٤٣) : « لا جريمة فى فعل يقع من شخص تعوزه وقت ارتكاب ذلك الفعل القدرة على ادراك ماهية أفعاله والسيطرة عليها بسبب السكر الناشئ عن أية مادة تعاطاها رغم ارادته أو على غير علم منه بها » .

المادة (٤٩) : « لا جريمة فى فعل يرتكبه :

(١) الصغير الذى تقل سنه عن العاشرة .

(ب) الصغير الذى تبلغ سنة العاشرة وتقل عن الرابعة عشرة إذا لم يبلغ من نضج الإدراك ما يكفى لحكمه على ماهية الفعل الذى يقع منه ونتائجه » .

المادة (٥٠) : « لا جريمة فى فعل يقع من شخص تعوزه وقت ارتكابه ذلك الفعل القدرة على ادراك ماهية أفعاله والسيطرة عليها بسبب الجنون الدائم أو المؤقت أو العاهة العقلية » .

يجعل وجود حق الدفاع مرتبطاً بوجود فعل يعتبر جريمة ، مع أن هؤلاء الأشخاص قد يحصل بسبب أفعالهم من الضرر ما يحصل من أفعال الأشخاص العقلاء ، لكن الشارع لم يترك المعتدى عليه في حيرة من أمره أمام خطر هؤلاء الأشخاص ، بل حسب هذا الموقف بصراحة تامة ، فأعطاه حق الدفاع عن النفس أو المال ضد أفعال هؤلاء الأشخاص كما لو كانت أفعالهم جرائم صادرة من أشخاص عقلاء ، إذا كانت تلك الأفعال تشكل جريمة على النفس أو المال كنص المادة (٥٧) :

« إذا كان الفعل الذي يقع يعد جريمة معينة لولا صغر سن الفاعل ، أو عدم فصح إدراكه أو اختلال قواه العقلية ، أو سكره ، أو خطئه في فهم الواقع ، فانه يكون لكل شخص حق الدفاع الشرعي المقرر له ضد ذلك الفعل عندما يكون الفعل المذكور تلك الجريمة » (١) .

ومع علم الشارع أن حق الدفاع لا يكون مقترعاً إلا ضد جريمة ، أتى بهذا النص لإدراكه أن الدفاع سيفقد معظم قيمته إذا حرم الشخص منه إزاء أفعال هؤلاء الأشخاص الذين لم تتوفر فيهم الأهلية الجنائية ، وهو اتجاه منطقي تقتضيه قواعد الدفاع الشرعي ، التي تبيح للشخص اتقاء نفسه أو ماله ، من أي خطر مهما كان مصدره ، لأن الدفاع موجه لتجنب الخطر ، والخطر قد يقع من العاقل أو فاقد الأهلية وحتى من الحيوان .

وفلسفة القانون في نفي الجريمة عن أفعال هؤلاء الأشخاص ، واعفائهم من المسؤولية مع إباحة الدفاع ضدهم قائمة على أنه ليس من الإنصاف ، وليس من المفيد أن تعاقب شخصا تعوزه القدرة على معرفة ماهية فعله ونتائجه كما أنه ليس من المنطق والعدل أن تحرم

(١) انظر الأمثلة على المادة .

شخصاً من حماية نفسه ضد أفعال هؤلاء الأشخاص لأن خطى الاعتداء يتساوى سواء أكان مصدره شخصاً سويًا أو غير سوى (١) .

كذلك يتساوى الخطر اذا كان ناشئاً عن هجوم حيوان كالكلب العقور ، والنور النطوح ، والبعر المغتلم ، فيباح للشخص أن يدفع خطر هذه الحيوانات ولو باتلافها - عندما تشن هجوماً عليه من تلقاء نفسها - ولكن على أساس حالة الضرورة ، وليس بمقتضى حقه فى الدفاع الشرعى ، لأن الاعتداء الذى ينشئ حق الدفاع لا بد أن يكون مصدره انساناً (٢) لأن الانسان هو محل المساءلة الجنائية . وحالة الضرورة كما تشمل النفس تشمل المال كذلك .

أى أن فعل الضرورة كما يكون لتلافى ضرر على النفس ، يكون أيضاً لتلافى ضرر على المال . ويجب أن يكون الضرر المراد تجنبه أو دفعه مؤكداً وحالاً ، أو على وشك الحلول على نفس الشخص ، أو نفس غيره ، أو ماله أو مال غيره ، فى الظروف القائمة ، وليس من الممكن دفعه أو تلافيه بطريقة أقل خطورة ، وأن تكون الطريقة المتخذة لتلافيه مناسبة مع ظروف الحالة (٣) . ويتضح من استثناء المشرع لفعل الضرورة من التجريم ، كما جاء بالمادة (٤٨) (٤) أنه لا يرتب على فاعله أية مسئولية ، جنائية أو مدنية ، اذا أداه تحت الشروط والظروف التى شرحتها المادة وأمثلتها (٥) .

* * *

Bashir, op. cit , pp. 140 - 141.

(١)

« The danger and the peril is the same whether it emanats from a sane or insane person. In the case of the insane person the danger might by ever greater ».

(٢) القانون الجنائى ص ٦٥٢ ، ومعلقاً عليه ص ٨١

(٣) معلقاً عليه ص ٥٧

(٤) تقول المادة رقم (٤٨) من قانون العقوبات : « لا جريمة فى فعل بسبب الضرر الذى قد يحدثه الفعل ، أو الذى يقصد الفاعل احداثه ، أو يكون عائلاً باحتمال حدوثه اذا وقع هذا الفعل بدون قصد جنائى لاحداث الضرر . وبحسن نية لمنع أو لتفادى ضرر آخر يصيب شخصاً أو مالا أو لفائدة الشخص الذى اصابه والذى قد يصيبه الضرر ... » .

(٥) انظر معلقاً عليه ص ٥٢ - ٦١

● مقارنة :

وبموازنة ما أخذت به الشريعة ، واتجه اليه القانون يتصح أن الشريعة والقانون يتفقا على إباحة دفع خطر الاعتداء على النفس أو المال سواء أكان مصدر الخطر انفسانا كامل الإدراك ، أو فاقد الأهلية ، أو حيوانا أعجم . كما يتفق جمهور الفقهاء والقانون على اقتفاء المسؤولية الجنائية والمدنية عن المعتدى عليه ، إذا ما لحق من جراء فعله أثناء قيامه بحقه في الدفاع ضرر بالمعتدى . ويتفق جمهور الفقهاء والقانون على أن دفع خطر الصغار وفاقدى الأهلية ، قائم على أساس حق الدفاع الشرعى . ويرى الجمهور أن دفع خطر الحيوان قائم على أساس حق الدفاع بينما يرى القانون أنه قائم على أساس حالة الضرورة . ويختلف جمهور الحنفية مع جمهور الفقهاء والقانون ، فيرون أن دفع الصبي والمجنون والحيوان قائم على أساس حالة الضرورة الملجئة فيسيحون رد عدوانهم ويلزمون متلفهم ضمان ما أتلّف . وقد سبق أن رجحنا رأى جمهور الفقهاء على رأيهم .

كذلك يتفق الحنفية والقانون على أن دفع خطر الحيوان قائم على أساس حالة الضرورة وليس بمقتضى حق الدفاع ولذلك فإن الحنفية يلزمون متلفه بقيمته بينما لا يلزمه القانون بشيء . وما أخذ به القانون ، وهو عدم الزامه بقيمة الحيوان ، أوجه مما أخذ به الأحناف ، ويتفق مع رأى الجمهور من الفقهاء . ذلك بأن النتيجة التى توصل إليها جمهور الفقهاء والقانون واحدة ، وهى إباحة رد خطر الاعتداء على النفس أو المال أو الغير ، مهما كان مصدره سواء أكان انفسانا عاقلا ، أو ناقص الأهلية ، أو فاقد لها أو حيوانا أعجم — لأن قيمة الدفاع تكمن فى دفع الخطر وليس ضد ذوات أشخاص معينين . وفى رفع المسئوليتين الجنائية والمدنية عن المعتدى عليه ، وهى نتائج منطقية تتفق مع مبدأ الدفاع الشرعى وقواعده .

الشرط الثاني - أن يكون الاعتداء حالا أو على وشك التحول :

يستترط في الاعتداء المنشئ للدفاع الشرعي أن يكون حالا ، سواء أكان واقعا بالفعل كما اذا بدأ المعتدى بضرب المعتدى عليه واستمر فيه ، أو عضه وما يزال ممسكا به^(١) . أو أخذ السارق بكسر باب أو نافذة المنزل ، أو دخل منزلا ليلا وأخذ متاعه ، وما يزال بيده^(٢) يقول ابن عابدين : « وفي التجنيس دخل اللص دارا وأخرج المتاع فله أن يقاتله ما دام المتاع معه ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « قاتل دوان مالك »^(٣) . أو واقب امرأة ولا تزال المواقعة مستمرة^(٤) - أو لم يقع الاعتداء بالفعل ولكنه وشيك الوقوع ، بأن يجيء المعتدى قاصدا المعتدى عليه شاهرا سيفه أو مادا رمحده يشتد نحوه^(٥) . أو مصوبا اليه بنادقته . ففي كل هذه الصور يعتبر الاعتداء حالا يلزم دفعه بالقدر اللازم للدفع ، يقول الامام الشافعي : « ولا يكون له ضربه حتى يكون بارزا له مريدا له فاذا كان بارزا له مريدا له ، كان له ضربه حينئذ اذا لم ير أنه يدفعه عنه الا بالضرب »^(٦) .

ومما أورده الفقهاء يتبين أنهم يشترطون لنشوء الدفاع ، حلول الاعتداء حقيقة أو حكما . وأوضح ما يكون ذلك في عبارة الشافعي : « حتى يكون بارزا له » ولكن اذا وقع الاعتداء فعلا ، وانقضى كما اذا ضربه وتوقف عن الضرب ، أو ضربه وانصرف عنه ، أو كان حدوث الاعتداء متوهما ، فلا مكان للدفاع إلا أن الحق فيه ينشأ بنشوء

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٢٦

(٢) المبسوط ج ٢٤ ص ٥٠ ، ٥١

(٣) رد المحتار ج ٤ ص ١١٧ ، ومتن كنز الدقائق بتكملة البحر

الرائق - النسفي - ج ٨ ص ٣٤٤ ، ٣٤٥

(٤) اسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٧

(٥) المبسوط ج ١٠ ص ١٧٧ ، والجامع الوجيز ج ٣ ص ٤٣٣

(٦) الام ج ٦ ص ٢٧

العدوان وينتهي بانتهاؤه^(١) ورده بعد وقوعه وانقطاع استمراره يعد انتقاما لا دفاعا .

● الاعتداء المتوهم وقوعه :

اشتراط حلول الاعتداء يقتضى أن يكون خطره واقعا حقيقيا ، أو حكما لكى ينشأ بسببه الحق فى الدفاع . أما توهم أو تصور أو الشك فى وقوعه ، أو ظنه ظنا ضعيفا لا يرقى الى يقين فلا ينشأ بسببه الحق فى الدفاع ، ولا يجوز الشروع فيه بمجرد توهم الاعتداء . يقول الشبراملى : « فلا يشترط لجواز الدفع تلبس الصائل بصياله حقيقة ، ولا يكتفى لجواز دفعه توهمه ، بل ولا الشك فيه أو ظنه ظنا ضعيفا »^(٢) .

فإن باشر المعتدى عليه الدفاع بناء على توهم الاعتداء ولم يقع فى نفسه أذى يعتدى عليه . فهو متجاوز لحقه ، ويلزمه ضمان ما سيتربط على فعله^(٣) . وكما لا يكون الاعتداء حالا يتوهم وقوعه ، كذلك لا يكون حالا بالتهديد أو التوعد به ، بدليل ما ذكره محمد بن الحسن من حديث كثير الحضرمي : « دخلت مسجد الكوفة من قبل أبواب كنده فإذا نفر خمسة يشتمون عليا رضى الله عنه ، وفيهم رجل عليه برنس يقول : أعاهد الله لأقتلنه ، فتعلقت به وتفرقت أصحابه عنه ، فأثبت به عليا رضى الله عنه . فقلت : أئى سمعت هذا يعاهد الله ليقتلنك ، فقال : أذن ويحك ، من أنت ؟ فقال : أنا سوار المنقرى ، فقال على رضى الله عنه : خل عنه ، فقلت : أخل عنه وقد عاهد الله ليقتلنك ! قال : أفأقتله ولم يقتلنى ؟ قلت : فانه قد شتمك ، قال : فأشتمه إن شئت أو دعه »^(٤) .

(١) تبين الحقائق ج ٦ ص ١١٠ ، وحاشية الشبراملى ج ٨ ص ٢١.

(٢) حاشية الشبراملى ج ٨ ص ٢١.

(٣) الام ج ٦ ص ٢٧

(٤) فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٩

● ابتداء الاعتداء وانتهائه :

يرتبط الدفاع بالاعتداء ارتباطاً وثيقاً ، فلا ينتسب الدفاع إلا إذا نشأ الاعتداء وينتهي باقتهائه . فهما متلازمان فإذا بدأ الاعتداء يبدأ الدفاع . ولا يشترط لمعرفة ابتداء الاعتداء أن يكون فعلاً واقعاً حقيقة ، ولكن يكفي أن يكون على خطر الوقوع ، وأن يكون لدى المعتدى عليه من القرائن والأسباب المعقولة ، ما يدفعه للاعتقاد ، أن خطر الاعتداء سيحقق به أن لم يدفعه عن نفسه .

فإذا هجم المعتدى على المعتدى عليه ، شاهراً سيفه أو مديته ، أو ماذا إليه رمحه ، أو مصوباً بندقيته ، واحتكم المعتدى عليه إلى عقله ، فاستقر في نفسه ، أو أداه أكبر ظنه إلى أن المعتدى سيناله بفعله ، أو أفرعه تصرف المعتدى نحوه ، فيباح له أن يدفعه لأن ذلك من القرائن الواضحة الدالة على أن العدوان سيحل به إن لم يدفع المعتدى ، فهي حالة متروكة لاجتهاده وتقديره على ضوء الظروف التي تحيط به ، والأصل في الاحتكام إلى عقله في مثل هذه المواقف ، قوله صلى الله عليه وسلم : « ضحك يدك على صدرك فما حاك في صدرك فخذها وإن أفتاك الناس » (١) .

(١) أورده البزازی بهذه الصيغة ، ولم أهتم إليها في كتب السنة ، وقد ورد في المسند حديث وابصة بن معبد ، عن النبي ﷺ فقال : « يا وابصة أخبرك ما جئت تسألني عنه - أو تسألني » ؟ فقلت : يا رسول الله ، فأخبرني قال : « جئت تسألني عن البر والاثم » ، فقلت : نعم ، فجمع أصابعه الثلاث فجعل ينكت في صدرى ويقول : « يا وابصة ، استفت نفسك ، البر ما اطمأن إليه القلب واطمأنت إليه النفس ، والاثم ما حاك في القلب ، وتردد في الصدر ، وإن أفتاك الناس » وفي صحيح مسلم : « البر حسن الخلق والاثم ما حاك في نفسك وكرهت أن يطلع عليه الناس » . يقال النووي : « حديث حسن » ، وهناك روايات أخرى ليس منها ما أورده البزازی . انظر مسند أحمد - دار صادر للنشر ، مجلد ٤ ص ٢٢٧ ، ٢٢٨ . صحيح مسلم ج ٤ ص ١٩٨٠ ، ورياض الصالحين طبعة (١٣٨٩ هـ) ص ١٧٧ ، والسنن الكبرى ج ١٠ ص ١٩٢

يقول البزازی : « ولو شهر ما لا يلبث يباح في الأحوال قتله ولو قتله دفعا لا يضمن • ولتحكيم القلب أصل في مثله وهو قوله عليه الصلاة والسلام : « ضع يدك على صدرك فما حاك في صدرك فخذ وإن أفتاك الناس » ولاجماعهم فيمن دخل عليه ليلا شاهرا سيفه مادام رمحه يشد نحوه يحكم في ذلك قلبه • فإن كثر فزعه منه وخوفه وعلم أنه يريد قتله حل له أن يبدأ بقتله • وإن وقع في قلبه خلاف ذلك لا يحل له قتله والمعتبر فيه أغلب الظن » (١) •

ومن القرائن التي تؤدي إلى معرفة عدوان المعتدى الحالة الظاهرة له (٢) • وهيئة التي يكون عليها فإذا دخل عليه شاهرا سلاحه ، فإن كان معروفا لديه من أهل الخير والصلاح فيعتبره هاربا من اللصوص جاء ليختبئ به • وإن كان معروفا بمصاحبة اللصوص ، وأهل السوء فيعتبره سارقا ، فيدفعه عن داره • يقول السرخسي : « ولو دخل على غيره ليلا وهو شاهرا سيفه أو ماد رمحه يشتد نحوه ، ولا يدري صاحب المنزل أنه لص أو هارب من اللصوص فاته يحكم رأيه ، فإن كان في أكبر رأيه أنه لص قصده ليأخذ ماله ويقتله إن منعه ، وخافه إن زجره أو صاح به أن يبادره بالضرب ، فلا بأس بأن يشد عليه صاحب البيت بالسيف فيقتله • وإن كان في أكبر رأيه أنه هارب من اللصوص لم ينبغ له أن يعجل عليه ولا يقتله وإنما يتوصل إلى أكبر الرأي في حق الداخل عليه بأن يحكم رأيه وهيئته ، فإن كان قد عرفه قبل ذلك بالجلوس مع أهل الخير فيستدل به على أنه هارب من اللصوص وإن عرفه بالجلوس مع السارق استدل عليه أنه سارق » (٣) •

وينتهي الاعتداء بانصراف المعتدى قبل وقوع العدوان ، أو بعد وقوعه ووقوفه عن الاستمرار فيه - فإذا شهر المعتدى سلاحه ، وقصد

(١) الجامع الوجيز ج ٣ ص ٤٣٣

(٢) تبیین الحقائق ج ٢ ص ٢١٥

(٣) المبسوط ج ١٠ ص ١٧٧ ، ١٧٨

المعتدى عليه وقبل أن يوقع به الأذى انصرف عنه ، أو ضربه ثم انصرف عنه ، فليس للمعتدى عليه ضربه بعد انصرافه ، لأنه بانصرافه اندفع شره ، وعادت إليه عصمته — التي زالت بعدوانه — مثل ما كان قبل أن يشهر السلاح . ويكون ضربه بعد ذلك انتقاما لا دفاعا ، لأنه ضرب شخصا معصوما ظلما ويلزمه ضمان ما يترتب على فعله (١) .

* * *

● درجة العدوان :

ليس فيما اطلعت عليه من كتب الفقهاء تحديد لدرجة أو مقدار العدوان الذي يباح دفعه . فقد يكون على قدر من الشدة ، وقد يكون على قدر من البساطة ، وعبارات الفقهاء : « ومن شهر على رجل سلاحا ليلا أو نهارا في المصر ، أو غيره » أو شهر عليه عصا ليلا أو نهارا في غيره فقتله المتشهور عليه فلا شيء عليه » (٢) . « وجاز دفع صائل بعد الاقذار » (٣) . « وله دفع كل صائل » (٤) . وكل من عرض لافسان يريد ماله أو نفسه فحكمه ما ذكرنا فيمن دخل منزله في دفعهم بأسهل ما يمكن دفعهم به (٥) . كلها أطلقت دفع كل معتد ولم تحدد درجة عدوانه ، ولم تقيسه بمقدار ، بل تركت تقديره للمعتدى عليه ، بحسب ما يؤديه إليه أكبر ظنه ، على ضوء الظروف والملايسات التي تحيط به ، والأسباب المعقولة التي يبنى رأيه عليها (٦) . وفي رأيي أنه هذا اتجاه سليم يدل على مدى ادراك فقهاءنا الأجلاء ، ومعالجتهم للأمور — لأن العدوان أمر غير منضبط ، إذا قدرنا

(١) تبين الحقائق ج ٦ ص ١١٠ ، ونكلمة البحر الرائق ج ٨ ص ٣٤٤ ، والمهذب ج ٢ ص ٢٢٦ ، ومغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٨ ، والمغنى ج ١٠ ص ٣٥٢

(٢) متن كنز الدقائق بتكملة البحر الرائق ج ٨ ص ٣٤٤

(٣) متن المختصر بمواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٣

(٤) منهاج الطالبين بمغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٤

(٥) المغنى ج ١٠ ص ٣٥٢

(٦) الجامع الوجيز ج ٣ ص ٤٣٣

أن مقدار ما يلحقه المعتدى بالمعتدى عليه من ضرر ، لا يعرف الا بعد وقوع العدوان فعلا .

وهو منطوق يتفق مع القول بدفع العدوان قبل وقوعه ، بناء على ما يقع فى نفس المعتدى عليه من خوف ، وفزع من المعتدى ، وظن قوى يرجح وقوع الاعتداء عليه^(١) وما دام تقدير احتمال وقوع الاعتداء ومقدار جسامته متروكا للمعتدى عليه بحسب ما يؤديه اليه أكبر رأيه فقد قيده بأنه يرد العدوان بالقوة المناسبة ، ابتداء بالناشدة والزجر بالقول ، وانتهاء بالقتل ، انه كان القتل لازما لدفع العدوان .

ومن الناحية القانونية ، فان المشرع لم يهمل المعيار الشخصى لتقدير درجة العدوان ، وتقدير القوة المستعملة لرده اهمالا كلياً ، ولم يعول عليه تعويلاً كلياً . فقد قرر أن حق الدفاع عن النفس أو المال ينشأ بمجرد حصول تخوف معقول من خطر على الجسم أو المال ، ويستمر طالما كان هذا التخوف المعقول مستمراً^(٢) . وإذا التخوف شعور ينتاب المعتدى عليه وقت حدوث الخطر ومعيار شخصى يقدر الشخص على ضوءه مدى قوة الخطر الذى يواجهه ، والقوة المناسبة ، التى ينبغى أن يستعملها لرده . ومع مراعاة هذا المعيار الشخصى جعل المشرع لمحكمة الموضوع دخلاً فى تكييف معقولة التخوف والقوة المناسبة لرد العدوان ، على حسب الظروف والملابسات المحيطة بوقوع الاعتداء والوسائل المستعملة فيه . وبذلك أعطى اعتباراً لحالة الشخص المعتدى عليه ، واعتباراً آخر لتقدير محكمة الموضوع .

ففى قضية حكومة السودان - ضد : قرشى فضل المولى (١٩٧٢) يقول القاضى عتيق : « بموجب المادة (٦٠) من القانون ،

(١) الجامع الوجيز ج ٣ ص ٤٣٣
Gledhill op cit , pp. 146 — 147.

(٢)

والتقييد الوارد في المادتين (٥٨ ، ٥٩) ، يجوز لمن يمارس حقه في الدفاع الشرعي عن النفس ، أن يصعد دفاعه لدرجة أحداث الموت ، متى كان لديه تصوف معقول من موت قد يحدثه له المعتدى ، أو أذى جسيم . وكما ذكرت سابقا فإن حق الدفاع ينشأ عندما يخلق في روع المعتدى عليه التخوف من الأذى ، وبعد ذلك فإن المعتدى عليه ليس مقيدا بالانتظار حتى يصيبه الأذى . وانما من حقه أنه يشرع في درء الخطر عن نفسه شريطة أن يكون ذلك بحسن نية ، ولأغراض الدفاع فقط .

وكما لا يخفى على أحد فإن الإفراط في استعمال القوة من شأنه أن يفقد حق الدفاع عن النفس فاعليته ، ولكن الإفراط في استعمال القوة ينبغي ألا يخضع لمقياس من في وضع القاضي الذي يجري تحقيقا ، أو من في وضع الشخص المحايد عن الأحداث . فالصحيح أن تكون النظرة أشمل ، بحيث نحيط بكل الملابسات وفي كل حالة لوحدها » (١) .

فإن ما يقع في نفس المعتدى عليه من خوف ، وما يتوقعه من وقوع الاعتداء عليه ، والحاق الضرر به هو الشرط في نشوء حق الدفاع ، ولا يشترط أن ينتظر الشخص مكتوف اليدين حتى يصاب بالأذى . يقول القاضي عتيق في قضية أخرى :

« ولما كان هذا الحق مبني على المبدأ الذي يلزم الشخص بمساعدة نفسه ، فلا يتطلب منه أن ينتظر مكتوف اليدين إلى أن يصاب بالأذى ، بل عليه أن يبادر بدرء الخطر قبل وقوعه ، وكما لا يلزمه باختيار نوع السلاح المناسب ، وأن يكيل الضربة بضربة ، بل عليه أن يقضى على خصمه قبل أن يقضى الأخير عليه .

ولا يفهم من هذا إساءة استعمال هذا الحق ببذل قدر أكثر من

(١) المجلة القضائية (١٩٧٢) ص ١٦٣

اللازم لرد العدوان ، بل يجب أن يكون مناسباً ، ولا يعنى التناسب هنا المطابقة والتكافؤ بين القوتين ، وإنما يعنى قدراً مناسباً من القوة أو الأذى ، تبعاً للظروف القائمة ، ولو كان أكثر من العدوان فى الواقع بشرط ألا تزيد بشكل واضح ، فالمسألة تقديرية مع ملاحظة أنه لا يمكن أن يطلب من المدافع أن يكيل ضرباته بميزان من الذهب» (١) .

نخلص من ذلك الى أنه للمعتدى عليه دخل فى تقدير جسامته العدوان ، وتقدير القوة المناسبة لرده ، بحسب ما يقع فى روعه من خوف وخشية من حدوث الضرر الذى سيلحق به بسبب اعتداء المعتدى . وأنه يقع على عاتق محكمة الموضوع تحديد ما اذا كان التخوف مبنياً على أسباب معقولة ، وأن القوة المستعملة مناسبة لرد العدوان طبقاً لظروف وملابسات الحادث ، بما فى ذلك الأسلحة المستعملة من الجانبين ، والقوة الجسمانية لكل منهما . ولهذا فلم يغفل المشرع المعيار الشخصى ، ولم يكتف بالمعيار الموضوعى وحده ، وإنما راعاهما معاً (٢) .

فكل من الشريعة والقانون يضع اعتباراً لتقدير الشخص لدرجة العدوان ولتقديره ما اذا كان خطر العدوان سيحقق به إن لم يبادر بدفعه قبل وقوعه أم لا ، فكلاهما يضع اعتباراً للمعيار الشخصى للمعتدى عليه على ضوء الملابسات والظروف المحيطة به .

(١) حكومة السودان - ضد : طه هرون ابراهيم (١٩٧١) المجلة

الفضائية ص ٢

Gledhill op cit, pp. 134 - 136.

(٢)

المبحث الثاني

شروط استعمال الدفاع الشرعى في

الفقه الاسلامى

قدمنا فى بداية هذا الفصل ، أنه لا يمكن أن يتصور وجود دفاع من غير حدوث اعتداء ، لارتباطهما ارتباطا وثيقا لا فكاك عنه ، فإذا وجد الاعتداء ينشأ الحق فى الدفاع ، وإذا انتهى العدوان ينتهى الحق فى الدفاع بانهائه . وقد بينا شروط نشوئه . أما شروط استعماله فهى :

الشرط الأول - أن يكون الدفاع لازما لرد العدوان :

الأصل أن الشخص عندما يحس ظلما ، أو يخشى عدوانا ، أن يلجأ الى السلطات العامة لرد مظلمته ، وكف العدوان عن نفسه ، أو عرضه أو ماله . لأن السلطات العامة شرطة كانت ، أو قضاء ، هى المنوط بها رد المظالم ، وحماية الأرواح والأعراض والأموال . وليس للأحد أن يفتات عليها ، ويأخذ حقه بيده . ولكن يحدث من الظروف والملايسات ما يجعل لجوء الشخص الى حماية السلطات العامة أمرا متعذرا ، فيكون المرء بين خيارين ، أن يدفع العدوان عن نفسه أو ينتظر خطره يقع عليه . ولا مناص له من الاختيار الأول ، فلا يطلب منه ، أن يترك حقه المشروع ويتحمل أضرار العدوان .

فيكون الدفاع لازما اذا كان الاعتداء واقعا على المعتدى عليه فعلا ، بأن أخذ المعتدى ينهال عليه ضربا أو طعنا بدون توقف ، أو كان الاعتداء محيطا به من كل وجه ، ولم يجد سبيلا الى الخلاص من المعتدى إلا بدفعه ، كما اذا شمر سلاحه فى وجهه ليلا ، أو هارا ،

قاصدا قتله ، فله أن يدفعه ، ولو أدى الدفع الى قتله ، ولا ضمان عليه فيه لأن السلاح يعجل بهلاكه ولا يمهل^(١) .

وكذلك يلزم الدفاع لو اشتد عليه بشيء لو ضربه به لقتله^(٢) .
أو كان متجها نحوه ، بارزا له مريدا لقتله^(٣) . ويلزم الدفاع اذا كان المعتدى عليه فى مكان بعيد عن العمران وعن السلطات العامة ، ولا يمكنه أن يستغيث فيدركه الغوث قبل أنه يحل به العدوان ، أو كان قريبا من تلك السلطات ، ولكنها بحالة من العجز عن النجاة بحيث لا توثر له الحماية الضرورية لضعف سلطانها .

وكذلك يلزم الدفاع اذا كان لا يمكنه أن يلجأ لفئة أو جماعة ، أو للقضاء ليستعين بهم على درء العدوان عنه ، ولا يمكنه أن يخلص نفسه بما هو أهون من رد العدوان بمثله^(٤) .

وكذلك يكون الدفاع لازما وضروريا اذا وجد رجلا يزنى بامرأة أو احدى محارمه ، أو يورج فى امرأة أجنبية عنه ، فله أن يدفعه عنهن ولو أدى الدفع الى قتله ، لاستمرار عدوانه ، فهو فى كل لحظة مواقع لا يستدرك كف عدوانه بالأفائة والتدرج .

وكذلك اذا راود شخص امرأة عن نفسها ليزنى بها فلها أن تخلص نفسها من سوءه ولو بقتله ان كان لا يندفع الا بالقتل^(٥) . وكذلك يكون الدفاع لازما اذا قطع اللصوص الطريق على المارة . فمن

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٢ ، ٩٣

(٢) المبسوط ج ١٠ ص ١٣٤ (٣) الام ج ٦ ص ٢٧

(٤) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٧ ، ومغنى المحتاج ج ٤ ص ١٨١ ،

مكتمة البحر الرائق ج ٨ ص ٣٤٥

(٥) مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٦ ، ١٩٧ ، والجامع الوجيز ج ٢

ص ٤٣٢ ، ٤٣٣ ، وكشاف القناع ج ٦ ص ١٥٦ ، ونيل المتأرب

ج ٢ ص ١٤٩

حقهم أن يقتلوهم دفاعاً عن أنفسهم ، وأموالهم . أو إذا رأى صاحب الدار لصاً ينقب حائطه من الخارج ، أو إذا دخل عليه منزله ليلاً يحمل سلاحاً وكان على أكثر رأيه أنه لو نهض عن الدخول ، أو أمره بالخروج لضربه ، أو خاف أن يسبقه بالضرب أن أعلمه فيسعه أن يضربه أو يقتله قبل أن يعلمه^(١) ففي كل هذه الصور التي أوردناها على سبيل المثال يكون الدفاع لازماً لرد العدوان ، ولا يكون المدافع مسئولاً عما ينجم عن أفعاله من ضرر للمعتدى لأنه يباشر حقاً مشروعاً ولا يكون الدفاع لازماً إذا انتفى شرط لزومه .

* * *

● انتفاء لزوم الدفاع :

لا يكون الدفاع لازماً لزوماً يستوجب رد العدوان إذا كان من الممكن أن يحتذى المعتدى عليه بالسلطات العامة أو القضاء ، أو أن يلجأ إلى فئة من الناس ، أو كان من الممكن أن يندفع عنه المعتدى ينهيه بكلام أو زجر بصياح ، إن علم أنه ينزجر به^(٢) يقول الطوري : « لو علم أنه لو صاح عليه يطرح ماله فقتله مع ذلك يجب عليه القصاص لأنه قتله بغير حق ، وهو بمنزلة المغصوب منه إذا قتل الغاصب يجب عليه القصاص لأنه يقدر على دفعه بالاستغاثة بالمسلمين والقاضي فلا تسقط عصمته »^(٣) .

وكذلك لا يلزم الدفاع إذا أبطل المعتدى ارادته بأن قصد المعتدى عليه ثم انصرف عنه . أو أبطلها المعتدى عليه بفعل منه ، بأن ضرب المعتدى ضربة عطلته ، فليس له أن يثنى عليه ضربة أخرى لأن القصد كف عدوانه وقد انكف بالضربة التي عطلته عن العدوان فلا يحق له أن يضربه ضربة أخرى^(٤) .

(١) المبسوط ج ٢٤ ص ٣٧ ، ٥١

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٧ ، ومغنى المحتاج ج ٤ ص ١٨١

١٩٦ ، ١٩٧ ، ونهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٤

(٣) تكملة البحر الرائق ج ٨ ص ٣٤٤ ، والمغنى ج ١٠ ص ٣٥٢

(٤) المذهب ج ٢ ص ٢٢٦

وكذلك إذا اندفع عدوانه بعائق ، أو مانع طبيعي حال دون تحقيق عدوانه بدون أنه يكون للمعتدى عليه يد في ذلك ، كأن سقط في ماء ، أو قار أو انكسرت يده أو رجله ، أو كان بحال لا يستطيع معها تنفيذ عدوانه أو حال بينه وبين المعتدى عليه فهر ، أو خندق أو جدار ، أو ما لا يصل معه إليه ، أو تحصن المعتدى عليه بجبل ، أو حصن أو خندق لا يستطيع المعتدى أن يقتحمه ، ويسل إليه^(١) . يقول السافعي : « وإن أرداه وهو في الطريق ، وبينهما فهر أو خندق أو جدار ، أو ما لا يصل معه إليه لم يكن له ضربه أو كان مريدا له فأنكسرت يد المريد ، أو رجله حتى يصير ممن لا يقدر عليه ، لم يكن له ضربه لأن الإرادة لا تحل ضربه ، إلا بأن يكون مثله يطبق الضرب فأما إذا صار إلى حال لا يقوى على ضرب المراد فيها لم يكن للمراد ضربه . وإذا كان المراد في جبل أو حصن أو خندق فأراد رجلا لا يصل إليه بضرب لم يكن له ضربه »^(٢) .

وكذلك لا يكون الدفاع لازما إذا كان من الممكن أن يهرب من المعتدى دون أن يلحقه ضرر لأنه مطالب بتخليص نفسه بالأهون على رأى من يجعل الهرب وسيلة من وسائل الدفاع^(٣) .



● الهرب من المعتدى في الفقه الإسلامي

أسلفنا أنه يشترط لرد العدوان أنه يكون حالا والدفاع لازما . ولكن يثور النقاش فيما إذا كان ممكنا أن يهرب المعتدى عليه من المعتدى دون أن يسبب أحدهما ضررا للآخر ، فهل لا يكون الدفاع لازما في حقه ويلزمه الهروب أم يتمسك بحقه في الدفاع ويثبت مكافئه ؟

(١) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٥ ، والمغنى ج ١٠ ص ٣٥٢

(٢) الأم ج ٦ ص ٢٧

(٣) شرح الخرشى على المختصر ج ٨ ص ١١٢ ، وأسنى المطالب

ج ٤ ص ١٦٧

• الشافعية :

اختلف الشافعية فيما بينهم فالامام الشافعي يرى أن للمعتدى عليه أن يثبت مكانه ولا يهرب ، ويدفع العدوان عن نفسه بالسلاح وغيره ، ولو أتى الدفع على نفس المعتدى عليه^(١) . ولباقى فقهاء المذهب قولان : قول بوجوب الهرب وقول بعدم وجوبه .

القول الأول : اذا صال شخص على المعتدى عليه على نفسه^(٢) . فالامام النووى والزرکشی والبغوى والأذرعى يرون وجوب الهرب وتحريم القتال ، لأن المعتدى عليه مأمور بتخليص نفسه بالأسهل فالأسهل من وسائل الدفاع والهرب أهونها ، فلو قاتله مع امكان الهرب فقتله ، يلزمه القصاص على رأى النووى والزرکشی . « وهو المعتد »^(٣) . وقلزمه الدية على رأى البغوى والأذرعى^(٤) .

القول الثانى : أنه لا يجب عليه الهرب ، لأن اقامته فى الوضع الذى أراحه فيه المعتدى جائزة ، فلا يكلف بالانصراف^(٥) وهذا رأى متفق مع ما ذهب اليه الامام الشافعى .

الرأى الوسط : وهناك طريق وسط للتوفيق بين الرأين المختلفين ، وهو : حمل النص بوجوب الهرب فى قول الامام النووى : «فان أمكن هرب فالمنهـب وجوبه وتحريم قتال»^(٦) على تيقن النجاة به ، وحمل النص

(١) الأم ج ٦ ص ٢٨ (٢) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٥

(٣) المرجع السابق ج ٨ ص ٢٥

(٤) أسنى الطالب ج ٤ ص ١٦٧ ، ومغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٧

ونهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٥

(٥) مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٧

(٦) منهاج الطالبين بنهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٥

بعدم وجوبه على من لم يتيقن النجاة • يقول الجلال : « والطريق الثاني حمل نص الهرب على من تيقن النجاة به ، ونص عدمه على من لم يتيقن »^(١) . ويقول الشبراملسي : « ومحلّه كما هو الغرض حيث علم أن الهرب ينجيّه ، فلو عرف أنّه إن هرب طمع فيه ، ويتبعه وقتله لم يجب الهرب ، إذ لا معنى له بل له قتاله ابتداء »^(٢) .

ويرفهم من اطلاق عبارة الامام النوى : « فإن أمكن هرب فالمذهب وجوبه وتصريم قتال »^(٣) وجوب الهرب سواء أكان المقصود بالاعتداء نفس المعتدى عليه أو عرضه أو ماله ، من غير تفرقة ، ولكن كلام تراح المنهاج يقتضى تخصيص وجوب الهرب بحالة الاعتداء على النفس فقط ، دون العرض والمال • أما العرض والمال فليسا محل خلاف ، فلا يلزمه أنه يهرب ويدع حرمة للاعتداء عليهن ان لم يمكنه الهرب بهن بل يلزمه الثبات ، ان أمن على نفسه وكذلك لا يلزمه أن يهرب ويدع ماله اذا كان الاعتداء على ماله ولم يمكنه الهرب به^(٤) . يقول الشرييني : « وتعليل الرافعي^(٥) يقتضى تخصيصه بالدفع عن نفسه ، وهو ظاهر كما قاله الزركشى ، فلا يلزمه الهرب ويدع ماله اذا كان النسيال عليه لأجل ماله ولم يمكنه الهرب ، وأما اذا كان المقصود البضع فقضية البناء على وجوب الدفع أنه لا يلزمه الهرب بل يثبت ان أمن على نفسه »^(٦) . وان أمكنه الهرب بنفسه وحرمة فكالهرب بنفسه^(٧) .

(١) شرح الجلال المحلى ج ٤ ص ٢٠٨ ، ومغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٧

(٢) حاشية الشبراملسي ج ٨ ص ٢٥

(٣) منهاج الطالبين بشرح الجلال ج ٤ ص ٢٠٧

(٤) مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٧ ، وحاشية الرشيدي ج ٨ ص ٢٥

(٥) قال الرملى فى نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٥ : « ولو صيل على ماله ولم يمكنه الهرب به لم يلزمه كما يحسنه الأذرعى أن يهرب ويدعه له ، أو على بضعة ثبت ان أمن على نفسه بناء على وجوب الدفاع عنه » وقد نسب الرشيدي فى حاشية على نفس المصدر هذه العبارة : ولو صبل ... الخ » الى الرافعي . (٦) مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٧

(٧) حاشية الرشيدي ج ٨ ص ٢٥

هذا اذا كان المعتدى شخصا معصوم الدم ، أما غير المعصوم فلا يجب عليه الهرب منه ، بل لا يجوز ويحرم فى الحال التى يحرم فيها الفرار^(١) فى القتال ، وذلك اذا لم يزد عدد المعتدين على متليه^(٢) .

● ترجيح رأى الإمام :

أرى أن رأى الإمام الشافعى هو الرأى الأولى للأخذ به لأن الإمام هو الأصل فى المذهب . وفقهاء المذهب فروع عليه . وأن الشق الثانى منهم يقول بعدم وجوب الهروب وهو قول يتفق مع رأى الإمام ويزيده قوة . ثم إن الدفاع حق مباح للمعتدى عليه يجب حيناً ويبقى جائزاً حيناً آخر ، وهو حق مشروع بالكتاب والسنة ، كما بينا فى أصل مشروعيته وحكمه . كما أن المعتدى أباح نفسه باعتدائه ، فلا ينبغى أن يزحج المعتدى عليه عن حقه المشروع ويطالب بسلوك لا يتيقن النجاة به . ثم إن الهرب فى حد ذاته سلوك قبيح وشائن ، يدل على الجبن والخور ، الذى لا تقره الشريعة الحفيظة على المروءة والكرامة الانسانية ، وهو سلوك لا تقره الأعراف العامة . ولذلك أميل للأخذ برأى الإمام الشافعى .

● المالكية :

يرى المالكية أن المعتدى عليه اذا قدر على الهرب بنفسه وأهله وماله من المعتدى ، من غير ضرر أو مشقة تلحقه ، يتعين عليه الهرب ، ولا يجوز له الدفاع بقتل المعتدى أو جرحه .

(١) نهاية المحتاج وحاشية الشبرايملى عليها ج ٨ ص ٢٥
(٢) يحرم الفرار والانصراف عن الصف فى القتال ، اذا لم يزد عدد الكفار على مثلى القتاتلين ، الا أن ينصرف المقاتل منحرفاً لقتال أو متحيزاً الى فئة . انظر مغنى المحتاج ج ٤ ص ٢٢٤

وان قدر على الهروب ولكن مع حصول الضرر أو المشقة فيجوز له أن يدفع المعتدى بما يقدر عليه من وسائل الدفاع ولا يهرب • ويستثنون من ذلك المحارب فيجوز جرحه وقتله ابتداءً ، وان كان المعتدى عليه يستطيع الهرب • ويعملون ذلك بأن القتل أحد الحدود التي يحد بها (١) •

● الحنابلة :

وللحنابلة رأيان اذا كان الهروب ممكناً ، رأى يلزمه بالهروب لأنه يمكنه الدفاع عن نفسه من غير ضرر يلحق غيره • ويقيسون ذلك على الأكل في المخمصة ، فكما يباح للجائع أن يتناول من الميتة ما يسد به الرمق ، ويأمن معه الموت ، ويحرم عليه أن يأخذ منها ما يزيد على ما يشبعه ، يباح للمعتدى عليه أن يدفع العدوان بالقدر الذي يتدفع به الضرر ويأمن معه على نفسه ، والهروب قدر مناسب من وسائل الدفاع لدفع العدوان من غير ضرر يلحق كلا منهما •
والرأي الثاني : لا يلزمه أن يهرب من المعتدى لأنه في حالة دفاع قياساً على الدفاع بالقتال ، اذ لا يحل له أن يهرب من مثليه الا متحرفاً لقتال أو متحيزاً الى فئة (٢) •

(١) الشرح الكبير بهامس حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣٥٧ ، وحاشية العدوى على الخرشي ج ٨ ص ١١٢ ، وببصرة الأحكام ج ٢ ص ٣٥٧ ، وحدود المحارب هي : القتل أو الصلب والقتل أو القطع من خلاف أو النفي ، ويخير الامام في اقامة أحد هذه الحدود . انظر الشرح الصغير بهامس بلغة السالك - الدردير - الطبعة الأخيرة (١٣٧٢ هـ) ج ٢ ص ٤٣٦ ، ٤٣٧ (٢) المغنى ج ١٠ ص ٣٥٣ ، ج ١١ ص ٧٣ ، وانظر نفس المصدر ج ١٠ ص ٥٥٠ ، ٥٥١ ، فانه لا يحل للمسلم أن يهرب من كافرين ، ويباح له ان يهرب من ثلاثة . فاذا التقى المسلمون والكفار وجب الثبات وحزم الفرار ، لقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا اذا لقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الأدبار ﴾ ... الآية (الأنفال : ١٥) ، وقوله : ﴿ يا أيها الذين آمنوا اذا لقيتم فئة فاثبتوا واذكروا الله كثيراً لعلمكم تفلحون ﴾

● مقارنة بين آراء الفقهاء :

من دراسة آراء الفقهاء يتضح أن الامام الشافعي لا يقول بالهرب ،
ولفقهاء مذهبه ومذهبي مالك وأحمد رأيان : رأى يقول بالهرب ،
وآخر يقول بنفيه ، وأن فقهاء المذاهب الثلاثة^(١) • يناقشون فكرة
الهرب من المعتدى على أساس أن الهرب ممكن • فإن لم يكن ممكنا
فلا خلاف بينهم في عدم المطالبة به ، وهو أمر معقول • ثم إن المالكية
يقيدون الهرب مع امكانه بعدم حصول الضرر أو المشقة • ويستثنون
المحارب فيجيزون قصد قتله وجرحه ابتداء ولو أمكن الهرب ، وانتهى
الضرر أو المشقة ، ولو علم المعتدى عليه أنه يندفع بغير القتل •
ويستثنى الشافعية غير المعصوم فلا يلزم الهرب منه بل يحرم كما يحرم
الفرار من صف القتال • ولا تفصيل بين معتد معصوم أو غيره في
مذهب أحمد فيما اطلعت عليه • ويستفاد من عموم عبارة
ابن قدامة : « وكل من عرض لأتسان يريد ماله أو نفسه ، فحكمه
ما ذكرنا فيمن دخل منزله في دفعهم بأسهل ما يمكن دفعهم به »^(٢) •
أن الخلاف عندهم في لزوم الهرب وعدمه ، يجري في كل معتد سواء
أكان معصوما أو غير معصوم •

ويتضح كذلك أن الرأي الثاني من آراء فقهاء الشافعية والحنابلة،
القائل بعدم لزوم الهرب ، ورأى المالكية القائل بعدم لزومه مع
حصول المشقة أو الضرر ، يتفق مع رأى الامام الشافعي في عدم
لزوم الهرب مع امكانه •

(الأنفال : ٤٥) • وقد عذر رسول الله ﷺ الفرار يوم الزحف من الكبراء،
ولا يجوز أن يزيد عدد الكفار على ضعف المسلمين ، أو كان الغرض من
الفرار التحرف الى قتال أو التحيز الى فئة •

(١) لم أقف للحنفية على رأى في الهرب فيما اطلعت عليه •

(٢) ألفنى جـ ١٠ ص ٣٥٢

والذى أراه ، أن القول بعدم لزوم الهرب مع امكانه له ما يبرره ، لأن الدفاع عن النفس والأهل والمال ، حق مشروع للمعتدى عليه ، وفد يجب عليه ، وأن الهرب ليس وسيلة من وسائل الدفاع التى تتحقق بها النجاة من المعتدى بيقين . وليس من العدل والعقل أن يطالب الشخص بأن يتزحزح عن حقه الثابت بيقين ، الى ما لا يتيقن معه النجاة . فهو إذ هرب قد يطمع فيه المعتدى ، ويظن به الخوف فيتمادى فى ملاحظته حتى يلحق به الضرر الذى يخشاه . وأن المالكية يقيدون الهرب - ان كان ممكنا - بنفى حصول الضرر أو المشقة ، والضرر كما يكون ماديا ملموسا يكون معنويا . والهرب سلوك شائن وعار على صاحبه ، وعلامة من علامات الجبن والخور ، فإن لم يكن ضررا ماديا ، فهو ضرر معنوى . فالذى تقاضى المعتدى عليه الضرر المادى بالهرب يلحقه الضرر المعنوى ، وهو عار الهرب . وهو أمر يتنافى مع حرص الشريعة الاسلامية على سلامة الأشخاص وحفظ شرفهم ، وصيانة سمعتهم ، وكل ما يحفظ كرامتهم . ولذلك لا أرى للمرء أن يهرب من المعتدى الا اذا اقتفت الأضرار المادية والمعنوية ، كما اذا صال عليه أحد أبويه فيهرب منه رفقا به ، ولا يعاب عليه ذلك بل يعاب عليه أن يضرب أبويه . أو اذا كان متحرفا لقتال ، أو متحيزا الى فئة ينتصر بها ، أو يناصرها ، قياسا على ما يحقق المصلحة وينفى الضرر فى قوله تعالى : **ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال او متحيزا الى فئة فقد باء بغضب من الله وماواه جهنم ، وبئس المصير** (١)



● الهرب من المعتدى فى القانون :

تنص المادة رقم (٧٩) من قانون العقوبات على أنه : « لا وجود لحق الدفاع الشرعى متى وجد متسع من الوقت للجوء لحماية السلطات العامة » .

(١) الحكم التخييري ص ٤٨٠ - والآية من سورة الانفال : ١٦

فهي تشترط لكي يكون رد العدوان لازما وضروريا ، ألا يجد المعتدى عليه وسيلة للافلات من خطر الاعتداء سوى اللجوء الى استعمال حقه فى الدفاع ، فإن كان هناك متسع من الوقت يمكن أن يلجأ فيه لحماية السلطة فانه يفقد حقه فى الدفاع ، لأن السلطة هي الكفيلة بحمايته ، ولا يجوز له أن يفتان عليها .

وقد يتبادر الى الذهن أن المعتدى عليه اذا كان بإمكانه أن يهرب من المعتدى ، ليختص بالسلطات العامة ، يفقد حقه فى الدفاع عن النفس ، أو المال ، ما دام الهرب ممكنا . ولكن يتضح من نص المادة ، أنها لا تقول بذلك صراحة . كما يتضح من اتجاه المحاكم السودانية ، عند نقاشها وإبداء رأيها فى القضايا التى أثير فيها الدفع بممارسة حق الدفاع الشرعى التى طرحت أمامها ، وأصدرت أحكامها فيها ، أنها لم تجعل الهروب وسيلة من الوسائل التى يلزم الشخص باللجوء اليها لتعاضد الخطر مع العلم بأنها هى الجهة التى تطبق نصوص وروح القانون ، ويعتبر تطبيقها وتطبيقها شرحا وتوضيحا لنصوصه .

فيتضح من هذا المسلك أن القانون السودانى لا يجعل الهرب وسيلة يمكن اللجوء اليها ، ولا يلزم الشخص بالفرار من المعتدى بعد نشوء حق الدفاع المشروع وتوفر شروطه ، لأن القانون لا يمكن أن يعطى الشخص حقا ، ثم يسلبه منه بعد أن تكتمل شروط نشوئه واستعماله ، ويلزمه باللجوء الى وسيلة تتنافى مع استحقاق هذا الحق ، وتضعه موضع العار والتندر ، وهى التفهقر .

وإن أخذ القانون بقاعدة عدم التفهقر من المعتدى يعتبر اتجاهها منطقيا يجارى روح الشجاعة والافتخار التى يتحلى بها المواطن السودانى الذى يتغنى بالمواقف البطولية الشجاعة ، ويختار الموت على العار . وفى قضية حكومة السودان - ضد : بشير عبد الله السلمابى (١٩٧٢) كان المتهم يشارك آخرين لعب الورق فى مساء ٢٤/٥/١٩٧٠ بإحدى حجرات نادى الخرطوم عندما حضر المجنى عليه ، ووقف خلف

كُرسيه • فتضايق المتهم من وقفة المجنى عليه ، وطلب منه أن يقف في مكان آخر ، ولكن المجنى عليه رد ساخرا بقوله : « متى كان للفلاتة أن يأمرؤا الناس » ؟ ثم ترك المجنى عليه الحجرة عندما طلب اليه الحاضرون ذلك ، ولكنه رد قبل مغادرتها بقوله : « انه يغادرها اعتبارا للحاضرين دون سواهم » • وبعد فترة وجيزة ، عاد المجنى عليه واتخذ نفس وقفته السابقة ، الأمر الذى أهاج المتهم وأغضبه ، فرمى بالورق وهم بالخروج ، ولكن المجنى عليه سبه ، وعاجله صافعا اياه • رد المتهم صفعة المجنى عليه بمثلها ، وفرق بينهما الحاضرون ، وخرج المتهم لفناء الدار ، غير أن المجنى عليه لحق به هناك وبدأ معه الشجار مرة أخرى • ضرب المتهم المجنى عليه بزجاجة فارغة ، ملقاة على الأرض ، على رأسه حتى تحطمت ، وبقي عنقها في يده ، ثم تعاركا حتى سقطا على الأرض • وعندما فض الشجار كانت يقع الدم على قميص المجنى عليه من جهة البطن ، ولكن المجنى عليه كإن ما يزال راغبا في استمرار العراك •

أخذ المجنى عليه للمستشفى واستمرت صحته في تحسن في أول يونيو ، ثم تدهورت ومات بسبب التهاب البريتون ، والالتهاب الرئوى • يقول في ذلك عضو محكمة الاستئناف الثانى - محمد الحسن شقاق : « ولكن رد الفعل عند المتهم ، لم يكن موجها لدرء اللطمة على الوجه ، انما كان موجها لرد العدوان المتكرر من قبل المجنى عليه ، والنتائج التى تترتب على ذلك العدوان ، وما كان فى مخطط المجنى عليه ، من فية واصرار فى القضاء على المتهم ، ضربا أو خنقا ، أو الحاق الأذى به • ويؤخذ هنا فى الاعتبار تفوق المجنى عليه على المتهم وفرة وقوة ، وأذن محاولات المتهم لصعد عدوان المجنى عليه بقبضة اليد لم تجد شيئا ، ولا بد أن يكون فى البال والتوقع أن تصرفات المتهم وردود فعله لا تكون فى مثل هذه الظروف - كما يقول العلامة « راتلال » - موزونة وزنا دقيقا •

وأنه ليس ملزما أن يخفف ، أو يكيف دفاعه خطوة بخطوة ،

لئلا يسبب العدوان خلال قيام السبب المعقول بوجود الخطر من الاعتداء ، ان المتهم ليس ملزماً بالتراجع ، بل له أنه يتابع خصمه حتى يزول عنه الخطر فإنه اصاب المتهم مقتلاً من خصمه خلال الصدام ، فإن ذلك القتل له ما يبرره» (١) .

يتضح من ذلك أن من تتعرض نفسه ، وكذلك أمواله للخطر ، وتتوفر لديه شروط نشوء واستعمال الدفاع ، لا يكون ملزماً بأن يتراجع ويترك المعتدى يؤذيه أو يسبب له ماله مزهواً ، ويلوذ هو بالهرب المخزى ليلجأ أو ليحتمي بالسلطات العامة ، التي تدركه حمايتها ، وقد لا تدركه في الوقت المناسب حتى تختفي آثار الجريمة . يقول جليدهل : « ان الشخص الذي تتعرض نفسه أو ماله للخطر ، لا يكون ملزماً بالتقهقر ، بل مستحقاً لرد العدوان بمثله ، عندما يفعل ذلك بحسن نية » ومن أجل أغراض الدفاع» (٢) .

وبخلاصة القول ان قانون العقوبات السوداني لم ينص على الهرب كوسيلة يمكن اللجوء اليها ، ويعاقب على تركها . ولم تتجه اليه المحاكم عند تطبيقها لنصوص وروح القانون ، بل اعتبرته جبناً وخوراً ، « ولا يجبر القانون بما اختطه من حدود ، المواطن العادي على الجبن والخور » وفي الحدود المعقولة لا يمكن أن يعلمنا الجبن والخذلان (٣) .

(١) المجلة القضائية (١٩٧٢ م) ص ٢٤٨ ، ٢٤٩ ، وانظر :
Ratanlal op cit, p.p. 216 - 217

وقضية حكومة السودان - ضد : وانق توت (١٩٧٢) المجلة القضائية

ص ٢٥٣

Gledhill op cit, p. 131 « Though a person. whose body (٢)
or property is in danger is not obliged to retreat, he is only
entitled to take the offensive when he does so in good faith for
the purposes of defence ».

Ratanlal op cit, pp. 216 - 217.

وانظر

بقضية حكومة السودان - ضد : بشير عبد الله - المجلة القضائية

(١٩٧٢ م) ص ٢٤٩

(٣) قضية حكومة السودان - ضد : وانق توت (١٩٧٢) المجلة

القضائية ص ٢٥٣ ، ٢٥٤

● مقارنة :

وبمقارنة ما اتجه اليه القانون السوداني ، وما أخذت به الشريعة الإسلامية يتضح أنهما يتفقان على أن الهرب لا يعتبر وسيلة من وسائل الدفاع يمكن اللجوء إليها ، كما يتفقان على أنه منسلك شائن يدل على الجبن والخور ، الذي ينافي الكرامة الانسانية ، التي عملت الشريعة والقانون على حفظها وصيانتها . وأن الهرب الذي لا يضع المعتدى عليه موضع الجبن والخور ، ولا يمس كرامته الانسانية ، كأن يهرب من أحد والديه رحمة به ، أو ينسحب من اعتداء صغير ، أو يلق باباه عليه ليحول بينه وبين المعتدى^(١) فيمكن اللجوء اليه كوسيلة لتفادي درء الخطر ، ويحاسب على التخلي عنها .

* * *

الشرط الثاني - أن يكون الدفاع مناسباً لرد العدوان .

ليس للعدوان مقياس محدد يعرف به مدى قوته وضعفه ، وليس له حد مقرر يمكن أن يقف عنده المدافع لا يتعداه . وتقدير جسامته الاعتداء وبساطته متروك لتقدير المعتدى عليه بحسب ما يوصله اليه أكبر رأيه^(٢) على ضوء الظروف والملابسات التي تحيط به . فإذا حل به الاعتداء فيشترط أن يدفعه بالقدر اللازم لدفعه ، ولا يتعداه لأكثر منه ، لأنه مكلف بدفع المعتدى بأسهل الوسائل التي يمكن أن يتقى بها شره .

فمن قصد شخصا يريد نفسه أو أهله أو ماله^(٣) أو دخل داره بغير اذنه ولا ظن رضاه^(٤) فيجب عليه أن يدفعه بأسهل ما يغلب على ظنه أنه يندفع به ، فإن أمكن أن ينذره بجره بصياح ، أو ينهائهم بكلام

(١) معلقا عليه ص ٨٢ ، والقانون الجنائي ص ٦٥٣

(٢) المبسوط ج ١٠ ص ١٧٧ ، ١٧٨ ، ج ٢٤ ص ٥١ ، والجامع

الوجيز ج ٦ ص ٤٣٣

(٣) الأم ج ٣ ص ٢٦ ، ٢٧

(٤) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٤

أو يناشده ليخلى سبيله^(١) أو أمكن أن يستغيث بالناس يحرم عليه أن يضربه وإن أمكن أن يدفعه بالضرب بيده ، يحرم ضربه بالسوط ، وإن أمكن ضربه بالسوط يحرم ضربه بالعصا ، وإن أمكن دفعه بضربه بالعصا ، يحرم ضربه بالسلاح ، وإن أمكن دفعه بأغلاف عضو دفعه به ويحرم قتله ، وإن تعذر هذا التدرج من الأسهل إلى الأغلظ ، ولم يبق إلا دفعه بقتله فله قتله ، ولا ضمان عليه ، إلا إذا عدل إلى استعمال وسيلة أثقل مع إمكان استعمال الوسيلة الأخف ، فيعتبر متجاوزا لحقه في الدفاع ويلزمه الضمان^(٢) .

وإن ترك المعتدي عنوانه وذهب مولى لم يكن للمعتدى عليه اتباعه أو قتله . وإن ضربه وانصرف فليس له ضربه بعد انصرافه لأنه يانصرافه عادت إليه عصمته مثلما كان قبل الاعتداء . وإن ضربه ضربة عطلته فليس له أن يردف له ضربة أخرى ، فإن ضربه فعليه الضمان^(٣) . يقول ابن قدامة : « وإن ذهب مولى لم يكن له قتله ولا اتباعه كأهل البغي ، وإن ضربه ضربة عطلته لم يكن له أن يشن عليه لأنه كفى شره وإن ضربه فقطع يمينه فولى مديرا ، فضربه فقطع رجله ، فقطع الرجل ، يضمن عليه بالقصاص أو الدية ، لأنه في حال لا يجوز له ضربه ، وقطع اليد غير مضمون »^(٤) .

* * *

(١). شرح الخرشي ج ٨ ص ١٠٥ يرى المالكية أنه يجب تقديم الإنذار في كل موضع فيه دفع ، إن كان الصائل يفهم ، يناشده الله ثلاث مرات ليخلى سبيله بقوله « ناشدتك الله إلا ما خلعت سبيلي » أما إن كان لا يفهم كالبهيمة فيدفعه من غير إنذار بالأخف فالأخف . انظر الفروق ج ٤ ص ١٨٤ ، وحاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣٥٧ ، وشرح الخرشي ج ٨ ص ١٠٥ .

(٢) تكملة البحر الرائق ج ٨ ص ٣٤٥ ، وبدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٢ ، ٩٣ ، وحاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣٥٧ ، والمهذب ج ٢ ص ٢٢٦ وأسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٧ ، ومغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٦ ، وكشاف القناع ج ٦ ص ١٥٤ ، ١٥٥ ، والمغنى ج ١٠ ص ٣٥٢ .

(٣) تبين الحقائق ج ٦ ص ١١٠ ، وأسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٧ ، والمغنى ج ١٠ ص ٣٥٢ . (٤) المغنى ج ١٠ ص ٣٥٢ .

● تمثيل التدرج :

الغرض من التدرج فى وسائل الدفاع من الأُخف الى الأثقل ، أن المعتدى عليه متى خالف التدرج ، وعُدل الى مرتبة أشد ، مع الاكتفاء بما دونها ، يلزمه ضمان ما يترتب على فعله ، لأنه يعتبر متجاوزاً لحقه المشروع فى دفع الضائل بالأسهل فالأسهل^(١) . ولكن قد يكون المعتدى عليه فى موقف لا يسمح له بالترام التدرج ، فلا يطالب به ، ولا يعد متجاوزاً لحقه ان عدل الى استعمال وسيلة أغلظ مع أنه يمكن أن يدفع المدوان بوسيلة أخف منها لو كان فى غير الموقف الذى هو فيه حين استعمال الوسيلة الأغلظ . وقد استثنى الفقهاء بعض الحالات من مراعاة التدرج :

(أ.) اذا التحم القتال بين المعتدى والمعتدى عليه واشتد الأمر عن الضبط فتسقط مراعاة التدرج ، لأبنا لو راعينا ترتيب الوسائل من الأُخف الى الأثقل فى هذه الحالة لأفضى ذلك الى هلاكه^(٢) .

(ب) اذا كان من الممكن أن يندفع المعتدى بضربه بالسوط أو العصا ، ولم يجد المعتدى عليه ساعة الاعتداء الا سيفاً أو سكيناً ، فله أن يدفعه به وضمان عليه ، لأنه لا يمكنه الدفع الا به ، ولا ينسب اليه أنه مقصر فى ترك اصطحاب السوط أو العصا^(٣) .

(ج) يرى الماوردى والرويانى — من فقهاء الشافعية — أن الترتيب فى وسائل الدفاع يراعى فى غير ارتكاب الفاحشة ، أما فيها كأن يرى شخصاً يولج فى امرأة أجنبية فتسقط مراعاة الترتيب ، وله أن يبدأ بالقتل وان امكن أن يدفعه بدونه لأنه فى كل لحظة مواقع لا يستدرك

(١) اسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٧

(٢) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٥

(٣) مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٦ ، واسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٧

بالأفاة^(١) . وقد قال الرملى : « هذا رأى مرجوح والأصح مراعاة التدرج »^(٢) . وقد قال الشهاب الرملى : « المعتمد خلاف ما قاله الماوردى والرويانى ، وأنه يجب الترتيب حتى فى الفاحشة »^(٣) . ويوافق فى ذلك الحنفية والمالكية والحنابلة^(٤) .

يقول القرافى : « ويجب تقديم الانذار فى كل موضع فيه دفع »^(٥) فهو يضع عبارة : « فى كل موضع فيه دفع » كقاعدة عامة يندرج تحتها التدرج فى وسائل الدفاع حتى فى حال ارتكاب الفاحشة وغيرها .

(د) ويستثنى من التدرج دفع الناظر الى المحارم من خلال الباب ، أو النافذة ، فان للمنظور الى محارمه أن يدفعه بالحصاة ونحوها ، قبل انذاره لينكف عن النظر^(٦) مع الخلاف فيه .

(هـ) ويستثنى البلقينى من التدرج المعتدى غير المعصوم ، كالحرى والمرتد والزانى المحصن ، فللمعتدى عليه العدول الى قتله لعدم حرمة . كما يستثنى المالكية من ذلك المحارب فيجيزون قصد قتله ابتداء وإن علم المعتدى عليه أنه يندفع بغير القتل ، لأنهم يرون أن قتال المحاربين من قبيل الجهاد ، وأن القتل أحد الحدود التى يحد بها المحارب^(٧) .

* * *

- (١) مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٦ ، وحاشية الرملى الكبير على اسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٧
- (٢) حاشية الرملى على اسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٧
- (٣) اعانة الطالبين ج ٤ ص ١٧٣
- (٤) فتح القدير ج ٤ ص ٢١٢ ، والفروق ج ٤ ص ١٨٤ ، والمغنى ج ٩ ص ٣٣٦ ، ونيل المآرب ج ٤ ص ١٤٩
- (٥) الفروق ج ٤ ص ١٨٤ (٦) مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٦
- (٧) اسنى المطالب وحاشية الرملى الكبير عليه ج ٤ ص ١٦٧ ، وحاشية السدوى على الخرشي ج ٨ ص ١١٢

● اللجوء لقتل المعتدى في الفقه الاسلامي :

يلاحظ من اشتراط مناسبة الدفاع لرد العدوان والتدرج في وسائل الدفاع من الأسهل الى الأغلظ أن قتل المعتدى آخر وسيلة يلجأ اليها المعتدى عليه ولا يلجأ اليه الا اذا تعذر عليه الدفاع بغيرها من الوسائل ، كما اذا شمر المعتدى سلاحا فتاكاً في وجه المعتدى عليه ، ولم يجد مناصاً الا أن يضربه بما يقتله ، أو خاف أن يبادره بالقتل ان لم يقتله ، وكان خوفه مبنياً على أسباب معقولة ، فله أن يلجأ الى قتله تحت ضرورة الدفاع عن نفسه ، يقول الكاساني : « والأصل في هذا أن من قصد قتل انسان لا يهدر دمه » ولكن ينظر إن كان المشهور عليه يمكنه دفعه عن نفسه بدون القتل لا يباح له القتل ، وإن كان لا يمكنه الدفع الا بالقتل يباح له القتل لأنه من ضرورات الدفع ، فإن شمر عليه سيفه يباح له أن يقتله ، لأنه لا يقدر على الدفع الا بالقتل . ألا ترى أنه لو استغاث الناس لقتله قبل أن يلحقه النهث اذ السلاح لا يلبث^(١) ، فكان القتل من ضرورات الدفع فيباح قتله ، فاذا قتله فقد قتل شخصاً مباح الدم فلا شيء عليه »^(٢) .

واعتبار القتل آخر وسيلة من وسائل الدفاع وضرورة من ضروراته محل اتفاق بين الفقهاء - الا فيما استثنى - فلا يمدل اليه الا في الأحوال التي تقتضي اللجوء اليه^(٣) .

● اللجوء الى القتل في القانون :

ينشأ حق الدفاع الشرعي عن النفس بمجرد بدء التخوف من اعتداء على وشك الوقوع ، ويمتد تحت الشروط المبينة في المادتين (٥٨ ، ٥٩)

(١) اللبث : المكث ولبث بالمكان : اقام . واللبث : الإبطاء والتأخر ، (لسان العرب حرف الثاء فصل اللام : لبث) .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٢ ، ٩٣

(٣) المصدر السابق ج ٧ ص ٩٢ ، ٩٣ ، وبصرة الحكام

ج ٢ ص ٣٥٧ ، ومغنى المحتاج ج ٤ ص ١٦٦ ، والمغنى ج ١٠ ص ٣٥٢

من قانون العقوبات^(١) الى تعمد تسبب الموت اذا كان الفعل المراد دفعه اعتداء فيتخوف أن يحدث منه الموت أو الأذى الجسيم ، اذا قام هذا التخوف على أسباب معقولة ، أو كان ذلك الفعل اغتصابا أو تهجما يقصد اشباع شهوة غير طبيعية أو خطفا لافسان أو استدراجا له ، كما جاء بالمادة (٦١) من قانون العقوبات .

وفى ظل نفس الشروط يمتد حق الدفاع عن المال الى تعمد تسبب الموت اذا كان الفعل المراد دفعه من الجرائم المنصوص عليها فى المادة رقم (٦٢) وهى : « »

• (أ) النهب •

• (ب) السطو على الأمكنة ليلا •

(ج) الاتلاف بأشعال النار فى بناء أو خيمة أو سفينة متى كان البناء أو الخيمة أو السفينة مستعملا لسكنى الانسان أو لحفظ الأموال •

(د) السرقة أو الاتلاف أو التعدى على الأمكنة ، اذا وقعت احدى هذه الجرائم فى ظروف تسبب تخوفا معقولا من موت أو أذى جسيم قد يحدث نتيجة لعدم استعمال حق الدفاع الشرعى » •

ويشترط لذلك « أن يكون الاعتداء حالا أو غلى وشك الوقوع ، وأن يكون تسبب الموت قدرا لازما ومناسبا لرد العدوان ، وأن يرد الخطر بحسن نية^(٢) وبغرض الدفاع ، ولا يجوز بأى حال أن يمتد حق

(١) أن يكون استعمال القوة لرد الاعتداء لازما - مادة (٥٩) ، وأن يكون الرد مناسبا لقوة الاعتداء - مادة (٥٨) .

(٢) حسن النية هو اتيان الفعل مع عدم سوء النية أى مع نبل الدافع . ولذلك يقال بأن الفعل اتاه الشخص بحسن نية ، اذا كان قد اتاه مع العناية والانتباه اللازمين . فالاهمال وعدم الاكتراث ينفيان حسن النية . انظر معلقا عليه ص ٣٨ التعليق على المادة (٣٧) من قانون العقوبات .

الدفاع عن النفس أو المال الى تعمد تسبب الموت فى غير الجرائم المنصوص عليها فى المادتين السالفتي الذكر ، لأن الشارع أجاز تسبب الموت بغرض رد العدوان اذا كان الموت قدرا لازما ومناسبا ، وليس بقصد التشفى والانتقام ، فان لم يكن الاعتداء من قبيل تلك الجرائم المحددة فيجوز دفعه بما دون تسبب الموت^(١) .

وبمقارنة ما جاء فى الشريعة والقانون يتضح أنهما يشقان على إياحة اللجوء الى قتل المعتدى عند وجود خطر اعتداء حال ، أو على وشك الوقوع ، وأن القتل قدر لازم ومناسب لدرء الخطر كما يتفقان على أن القتل آخر وسيلة من وسائل الدفاع يمكن اللجوء اليها ، فإن أمكن الدفاع بما دونه وبذل المدافع قدرا من القوة يفوق القدر اللازم لأغراض الدفاع ، يعد متجاوزا حقه المشروع ويعاقب على جنايته بمقتضى القواعد القانونية المقررة لذلك .

* * *

● تجاوز حق الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامي :

ينشأ الحق فى الدفاع الشرعى بوقوع الاعتداء حقيقة كإن يشرع المعتدى فى ضرب المعتدى عليه ويستمر فى ذلك . أو حكما بأن يكون الاعتداء على وشك الوقوع . وينتهى الحق فيه بانتهاء العدوان . فإذا كف المعتدى عن عدوانه قبل وقوعه أو وقع الاعتداء وكف عن الاستمرار فيه ، كأن ضربه وانصرف فقد انتهى عدوانه بكفه وانصرافه عن الضرب . ولا يجوز للمعتدى عليه أن يضربه بعد انتهاء عدوانه ، فإن ضربه يصبح ضربه انتقاما ، وعدوانا لا دفاعا ، ويعتبر متجاوزا حقه المشروع فيلزمه ضمان ما يترتب على فعله . لأن المعتدى بمجرد انتهاء

(١) Gledhill, op cit, p. 136 , 480. ومعلقا عليه ص ٨٦ ، ٨٨

والمجلة القضائية (١٩٧١) حكومة السودان - ضد : طه هرون ص ٢٢ ،

وحكومة السودان - ضد : محمد حمزة عبد الله ص ٢٦

عدوانه تعود اليه عصمته كما لو لم يعتد أصلاً^(١) . وليس للمعتدى عليه أن يقتصر لنفسه بنفسه ، بل عليه أن يلجأ للسلطة المختصة لتقتص له ما دام الاعتداء قد وقع وانقضى . وإذا كان الدفاع لازماً لرد العدوان فيتشرط أن يردده بالقوة المناسبة لردده ، ولا يجوز أن يستعمل قوة أكثر تفوق قوة الاعتداء ، فلا يدفعه بوسيلة يمكن الاكتفاء بما دونها من الوسائل . فإن أمكن أن يدفعه بالزجر بالكلام ، أو الضرب بالسطوط مثلاً ، يكون معتدياً متجاوزاً حقه لو دفعه بسلاح فتاك قاتل كالسيف والبندقية ويلزمه ضمان جنايته ، لأنه مأمور بتخليص نفسه بالأسهل فالأسهل^(٢) . يقول الشيرازي : « وان قدر على دفعه بالعصا فقطع عضواً أو قدر على دفعه بالقطع فقتله وجب عليه الضمان لأنه جناية بغير حق فأشبهه إذا جنى عليه من غير دفع »^(٣) .

ويقول الزيلعي : « إذا شمر رجل على رجل سلاحاً فضربه الشاهر فانصرف ، ثم إن المضروب وهو المشهور عليه ، ضرب الضارب وهو الشاهر ، فقتله فعليه القصاص لأن الشاهر لما انصرف بعد الضرب عاد معصوماً مثل ما كان لأن حل دمه كان باعتبار شهره وضربه . فإذا انكف على وجه لا يريد ضربه ثانياً ، اندفع شره فلا حاجة إلى قتله لاندفاع شره بدونه فعادت عصمته ، فإذا قتله بعد ذلك فقد قتل شخصاً معصوماً ظلماً ، فيجب عليه القصاص »^(٤) .

* * *

● اثر تجاوز الدفاع الشرعى :

المعتدى عليه مكلف بأن يدفع المعتدى بأيسر ما يندفع به ، وليس له أن يدفعه بقوة أكثر من القوة التى تتطلبها حالة الاعتداء ، فإن كان من الممكن أن يدفعه بوسيلة سهلة فدفعه بأعنف منها يعتبر متجاوزاً لحقه

(١) الهداية ج ٣ ص ١٢٢

(٢) مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٦ ، ١٩٧

(٣) المذهب ج ٤ ص ٢٢٦

(٤) تبين الحقائق ج ٦ ص ١١٠ ، ١١١

المشروع ، وفعله جناية يلزمه ضمانها باتفاق الفقهاء^(١) . قال الحطاب في ضمان أسنان العاض اذا أسقطها المعضوض بنزع يده من فيه : « قال المواز : الحديث^(٢) لم يروه مالك ولو ثبت عندة لم يخالفه ، وتأوله بعض شيوخ المازري على أنه المعضوض لا يمكنه النزع الا بذلك ، وحمل تضمن بعض الأصحاب أنه يمكنه النزع برفق ، بحيث لا تنقطع أسنان العاض ، فصار متعديا بالزيادة فلذلك ضمنوه ونزل بعض أصحابنا القول بالضمان على ما اذا أمكن النزع برفق فنزعها بعنف »^(٣) .

والضمان المترتب على تلك الجناية ، يكون بحسب نوعها ونوع المجنى عليه ، فإن كان المجنى عليه انساكا ، ففي النفس والأطراف القصاص أو الدية ، وفي الجراح أرش^(٤) الجناية . وإن كان المجنى عليه حيوانا ففيه قيمته . وقد أورد الفقهاء صورا من الحوادث الجنائية التي تبرز الأثر المترتب على تجاوز حق الدفاع . فمثلا اذا شرب المعتدى سلاحه وضرب المعتدى عليه بعد انصرافه عنه فقتله ، فعليه القصاص ، لأنه قتل شخصا معصوما عادت اليه عصمته بانصرافه وكفه عن العدوان^(٥) .

(١) نكملة البحر الرائق ج ٨ ص ٣٤٤ ، ٣٤٥ ، وبصرة الحكام ج ٢ ص ٣٥٧ ، ١٨٥ ، ١٨٦ ، والأم ج ٦ ص ٢٩ ، والمهذب ج ٢ ص ٢٢٦ والمغنى ج ١٠ ص ٣٥٢

(٢) يشير الى حديث عمران بن حصين وهو : أن رجلا عض يد رجل فنزع يده من فبه فوقع ثناياه ، فاختصا الى رسول الله ﷺ فقال ﷺ : « أيعض أحدكم أخاه كما يعض الفحل ، لا دية لك » رواه الشيخان ، انظر التاج والاكلیل بهامش مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٢

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٢

(٤) الأرض من الجراحات ما ليس له قدر معلوم ، وقيل : دية الجراحات ، وهو الذي يأخذه المشرك من البائع اذا اطلع على غيب في المبيع . قال أبو منصور : اصل الأرض الخدش ، ثم قيل لما يؤخذ دية له (لسان العرب) .

(٥) تبين الحقائق ج ٦ ص ١١٠

قال أصبغ : « فى السارق يدخل حريم الرجل فيسرق بعض متاعه ، فيشعر به فيخرج فى أثره حتى اذا أرهقه ، تحول اليه السارق فدافعه عن نفسه وامتنع منه ، وقاتله ابتغاء النجاة منه بسيف أو سكين أو عصا أو غير ذلك فيقتله الرجل فى متاعه ذلك ، حين لم يجد الى أخذه سبيلا ، فإن دمه هدر لا شئ على قاتله من قود ولا دية ، وذلك ان كان معه المتاع الذى سرق وان لم يكن معه متاع وانما أراد النجاة بنفسه فعليه الدية ، اذا كان قتله اياه بموضعه الذى فيه سرق ، وما أشبهه . وأما لو كان قد تباعد منه بهربه ، ولحق بالصحراء ، ولا متاع معه ، فأتبعه حتى أدركه فواقعه السارق ، أو لم يواقعه السارق فقتله ، فعليه القود^(١) لأنه قتله على غير متاع كان له معه أراد استنقاذه منه ، ولا لخوف من عدائه عليه . ولو كان معه متاعه كان دمه هدرا . قال : ولو أسره وظفر به ثم بدا له فقتله فعليه القود ، كان معه متاعه أو لم يكن . قال : ولو كان حين ولى السارق هاربا عنه وماله ليوهنه يرميه فيدركه ، فأصابته الرمية نفسه فقتله فدمه هدر ، وان لم يواقعه سواء أكان المتاع معه أو لم يكن معه ففيه الدية ، ان كان بموضعه أو فى الدرب . وان كان قد بعد ولحق بالصحراء وما أشبه ذلك ، ففيه القود »^(٢) .

واين قطع المعتدى يد شخص وولى ، فتبعه المعتدى عليه فقتله ، فلولى المعتدى القصاص فى النفس من المعتدى عليه ، لأن المعتدى حين قطع اليد وولى فقد انتهى عدوانه فلم يكن للمعتدى عليه أن يقتله . ولورثة المعتدى عليه الذى قطعت يده عدوانا ، وقتل قصاصا ، أن يرجعوا على ورثة المعتدى فى تركته بنصف الدية فى مقابل يد مورثهم ، لأن حقهم فى القصاص سقط بهلاك المعتدى . وابن قطع المعتدى عليه يد المعتدى فى حالة الدفاع فلولى المعتدى فتبعه المعتدى عليه فقتله يقتل به قصاصا ، لأنه حين ولى انتهى عدوانه فلم يكن له أن يقتله . ولا يعترض

(١) القود هو القصاص .

(٢) تبصرة الحكام ج ٢ ص ١٨٥ ، ١٨٦

عليه بأن القتل نافص اليدين فلا يساوى كاملها وهو القاتل ،
فلا يجب القصاص لعدم المساواة • وذلك لأبذ النفس لا تنقص بنقص
اليـد^(١) •

وإن قطع المعتدى عليه إحدى يدي المعتدى أثناء اعتدائه فولي
عنه ، فليحق به فقطع يده الأخرى وهو مول ، فلا ضمان عليه في قطع
اليـد الأولى ، لأنه قطع بجن ، ويضمن اليـد الثانية ، لأنه قطعها بغير
حق • فإن مات المعتدى متأثراً بجراحه لا يجب القصاص في النفس •
ويخير وليه بين أن يقتص في اليـد الثانية ، أو يأخذ نصف دية النفس •
لأن المعتدى مات من فعلين أحدهما مباح والآخر محظور^(٢) • ويوجز
ابن قدامة تلك الصور بقوله : « وإن ذهب مولى لم يكن له قتله
ولا اتباعه كأهل البغي ، وإن ضربه ضربة عطلته لم يكن له أن يشني عليه
لأنه كفى شره ، وإن ضربه فقطع يمينه ، فولي مدبراً فضربه فقطع رجله ،
فقطع الرجل مضمون عليه بالقصاص أو الدية ، لأنه في حال لا يجوز
له ضربه ، وقطع اليـد غير مضمون • فإن مات من سراية القطع فمليه
نصف الدية كما لو مات من جراحة اثنين »^(٣) •

وإن قطع المعتدى عليه إحدى يدي المعتدى دفاعاً فذهب مولى
فتبعه المعتدى عليه فقطع يده الأخرى ، فعاد بعد ذهابه فقطع المعتدى
عليه رجله ، فمات متأثراً بجراحه فعلى المعتدى عليه ثلث الدية ، لأن
المعتدى مات من ثلاث جراحات : جراحة أولى مباحة ، وجراحة ثانية غير
مباحة ، وجراحة ثالثة مباحة كما لو جنى عليه ثلاثة أشخاص^(٤) •

(١) أسنى المطالب وحاشية الرمل الكبير ج ٤ ص ١٧٠ ، ومغنى

المحتاج ج ٤ ص ١٩٩

(٢) الأم ج ٦ ص ٢٧ ، والمهذب ج ٢ ص ٢٢٦ ، وانظر كشف

القتناع ج ٦ ص ١٥٥

(٣) المغنى ج ١٠ ص ٣٥٢

(٤) الأم ج ٦ ص ٢٧ ، والمعنى ج ١٠ ص ٣٥٢ مع ابن قدامة
تقرر ان عليه ثلث الدية كما ذهب اليه الشافعى ، يقول : قياس المذهب
=

وان أقبل المعتدى فجرحه المعتدى عليه عدة جراحات أثناء عدوانه فولى مدبرا فجرحه عدة جراحات أخرى أثناء ادباره فمات متأثرا بالجراحات الأولى المباحة ، والجراحات الثانية المحظورة فعلى الجراح - المعتدى عليه - نصف الدية لأنه يتساوى قليل الجراح وكثيرها فى الحالة الواحدة . وان جرحه جراحات أثناء عدوانه فولى فجرحه جراحات أثناء ادباره فعاد لعدوانه فجرحه جراحات أخرى قليلة أو كثيرة فمات فعلى المعتدى عليه ثلث الدية (١) .

ومع أن الحنفية يتفقون مع غيرهم من الفقهاء على أن المعتدى عليه اذا تجاوز حقه فى الدفاع ، يلزمه ضمان الجناية المترتبة على فعله ، الا أنهم اختلفوا فيما بينهم اذا قصد المعتدى المعتدى عليه بآلة يرى البعض منهم أنها غير معدة للقتل ، ولا يترقب على القتل بها القصاص كالعصا .

فاذا قصد المعتدى ، المعتدى عليه بعضا فقتله المعتدى عليه دفاعا فقد اختلف فى ذلك الامام أبو حنيفة وصاحباؤه أبو يوسف ومحمد ، فالامام يرى أن على القاتل القصاص ، ويرى صاحباؤه أنه لا يلزمه شيء من قصاص أو دية ويذهب دمه هدرا .

وحجة الامام أن الآلة التى قصد بها المعتدى القتل ليست بآلة معدة للقتل ، فاذا قتل بها المعتدى عليه فلا قصاص عليه . وما دام لا قصاص عليه فلا يهدر دمه بمجرد قصده . فاذا قتله المعتدى عليه بسلاح دفاعا يجب عليه القصاص لأنه قتل شخصا معصوما . ثم ان المعتدى عليه بالعصا لا يدفع القتل عن نفسه ، وانما يدفع الأذى عن نفسه ، والحاجة الى دفع الأذى لا تبيح له الاقدام على قتل المعتدى . يقول الكاسانى : « روى أبو يوسف عن أبي حنيفة

أن يضمن نصف الدية . لأن الجرحين وقعا من شخص واحد كما لو جرح رجل رجلا مائة جرح وجرحه آخر جرحا واحدا ومات ، كانت دية بينهما نصفين ولا تقسم الدية على عدد الجراحات (المصدر السابق) .

رضى الله عنهما انه لو قصد قتله بما لو قتله به لوجب عليه القصاص ، فقتله المقصود قتله ، لا يجب عليه القصاص ، لأنه يباح قتله ، اذ لو لم يباح لقتله القاصد ، واذا قتله يقتل به قصاصا ، فكان فيه اتلاف نفسيين ، فاذا أبيع قتله كان فيه اتلاف أحدهما ، فكان اهون ، ولو قصد قتله بما لو قتله به لكان لا يجب القصاص ، لا يباح للمقصود قتله أن يقتل القاصد ، فان قتله يجب عليه القصاص ، لأنه ليس في تركه الإباحة وهنا اتلاف نفس فلا يباح . فاذا قتله فقد قتل شخصا معصوم الدم على الأبد فيجب القصاص» (١) .

وحجة الصاحبين أن العصا الكبيرة آلة للقتل بمنزلة السلاح ، فلو قصد قتله بها فقتله يجب عليه القصاص ، فبمجرد قصده يهدر دمه ، وأن المعتدى عليه يدفع شر القتل عن نفسه اذا كان مقصودا بالقتل ، واقدامه على فعل مباح له ، أو مستحق عليه شرعا لا يوجب عليه شيئا (٢) .

فعلى رأى الامام يعتبر المعتدى عليه متجاوزا لحقه فى الدفاع ، ويلزمه ضمان جنايته ما دام المعتدى لا يحمل سلاحا معدا للقتل . وعلى رأى الصاحبين يعتبر مباشرة لحقه المشروع ولا جناية فى فعله ، ولا عقوبة عليه (٣) . ورأيهما هو الأصوب من الناحية العملية . فلا

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٣

(٢) المبسوط ج ١٠ ص ١٣٤ ، ١٣٥

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٤ ، ومنشأ الخلاف بين الامام وصاحبيه ، ان الامام يرى ان القتل العمد الموجب للقصاص ، لا يكون الا بالحديد ، سواء اكان الحديد جارحا أو غير جارح ، على ما روى عنه فى ظاهر الرواية . او بشرط ان يكون جارحا على ما رواه عنه الطحاوى ، لأن الحديد هو الآلة المعدة للقتل ، بدليل قوله تعالى فى سورة الحديد : «وانزلنا الحديد فيه بأس شديد» (الآية ٢٥) . ويرى الصاحبان أن القتل العمد الموجب للقصاص ، يكون بما يفلب فيه الهلاك ، سواء اكان حديدا أو حجرا أو عصا . ولكل حجته وأدلته لا مجال لبسطها فمن شاء المزيد فليراجع المبسوط ج ٢٦ ص ١٢٢ ، ١٢٣ ، وبدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٣ ، ٢٣٤ ، ورد المختار ج ٦ ص ٥٢٧ ، ٥٢٨

1. The first part of the document is a list of names and titles, including "The Hon. Mr. Justice" and "The Hon. Mr. Justice".

تعتريه بسبب العدوان ، لا يستطيع أن يتدرج في دفاعه خطوة خطوة ، وأن يزن نصراته بميزان الذهب ، كما جاء في حكم محكمة الاستئناف في قضية حكومة السودان - ضد : بشير عبد الله السلماني (١٩٧٢) : « ولا بد أن يكون في البال والتوقع ، أن تصرفات المتهم ، وردود فعله لا تكون في مثل هذه الظروف - كما يقول العلامة « راتنل » - موزونة وزنا دقيقا ، وأنه ليس ملزما أن يخفف أو يكيل دفاعه خطوة خطوة ، ليناسب العدوان خلال قيام السبب المعقول بوجود الخطر من الاعتداء . أن المتهم ليس ملزما بالتراجع ، بل له أن يتابع خصمه حتى يزول عنه الخطر ، فإن أصاب المتهم مقتلا من خصمه خلال الصدام ، فإن ذلك القتل له ما يبرره » (١) .

فمن حق المعتدى عليه أن يصعد دفاعه بالقدر اللازم والمناسب من القوة ، بحسن نية في حدود شروط الدفاع ومن أجل أغراضه فقط ، ولا يجوز له الإفراط في استعمال القوة ، لأن الإفراط فيها يفقد حق الدفاع فاعليته . ولكن لا ينبغي أن يخضع الإفراط في استعمال القوة لمقياس من في وضع القاضى الذى يجرى تحقيقا ، أو من في وضع الشخص المحايد عن الأحداث ، البعيد عن ساحتها ، والصحيح أن تكون النظرة واسعة وشاملة ، بحيث تحيط بكل ظروف وملابسات الواقعة ، وأن ينظر لكل واقعة وحدها بحسب الظروف المحيطة بها (٢) .

ويرجع تقدير مدى الإفراط ، والقوة المناسبة لرد العدوان ، الى قاضى الموضوع فى ظل ظروف الواقعة وملابساتها ، وسلوك المعتدى وأخلاقه ، والقوة الجسمانية لكل منهما والأداة المستعملة فى الواقعة (٣) من غير اغفال كلى للمعيار الشخصى للمعتدى عليه .

(١) المجلة القضائية (١٩٧٢) ص ٢٤٨ ، ٢٤٩ ، وانظر قضية حكومة السودان - ضد : طه هرون (١٩٧١) المجلة القضائية ص ٢ وراتنل Geldhill op cit, p. 135. : وانظر : ٢١٦ ، ٢١٧ ،

(٢) حكومة السودان - ضد : قرشى فضل المولى (١٩٧٢) المجلة القضائية ص ١٦٣

(٣) معلقا عليه ص ٨٢ ، ٨٣

فإذا نشأ حق الدفاع بكل شروط نشوئه ، وأصبح استعمال القوة المناسبة قدرا لازما لرد العدوان ، وباشروا المعتدى عليه حقه فى الدفاع ، فأدى فعله الى قتل المعتدى ، فقد يكون هذا القتل فى حدود شروط الدفاع المشروعة وقد يكون تجاوزا لها ، وذلك بحسب الظروف والملابسات الموضوعية المحيطة بالحادثة . فان ثبت أن المتهم تجاوز حقه فى الدفاع ، باستعمال القوة التى تبلغ حد القتل بعد انتهاء العدوان ، أو أن العدوان كان تهديدا مستقبلا وليس أمرا حالا ، أو أن رده لا يتطلب مثل القوة التى بذلها فيه فإن فعله يعتبر من قبيل الانتقام ، ويسئل عنه باعتباره قتل عمدا^(١) لأنه خرج عن طبيعة الدفاع الشرعى ولا يدخل فى نطاق المادة (٢٤٩)^(٢) من قانون العقوبات .

فمثلا فى قضية حكومة السودان - ضد : حسن تلفان (١٩٥٦) كان المجنى عليه يحمل عصا صغيرة ، ضرب بها المتهم على كفه ، فما كان من المتهم الا أن استل سكينه ، وطعن بها المجنى عليه فى شفته ، واستمر يكرر الطعن فى أجزاء جسمه . كما أنه استل سكين المجنى عليه وطعنه بها ، ووضح من التقرير الطبى ، أنه طعنه عشر طعنات ، منها اثنتان قاتلتان . فقضت المحكمة ، بأن رد الفعل الصادر من المتهم للاعتداء الواقع عليه من جراء ضربه بعضا خفيفة ، لا يتناسب مع اعتدائه باستخدام السكين ، وذلك لأن رد الاعتداء يجب أن يكون متناسبا الى حد ما ، مع الاستفزاز الذى يوجه للمتهم . ولما كان المتهم قد جرد المجنى عليه من سلاحه فقد أوقع به أذى أكبر مما كان ضروريا للدفاع عن نفسه . كما قضت المحكمة بأنه يتمتع بتأييد الحكم بادانة المتهم ، بارتكاب جريمة القتل العمد ، وتأيد عقوبة الاعدام^(٣) .

(١) معلقا عليه ص ٣٧٥

(٢) هذه المادة تجعل من القتل العمد قتل جنائيا معاقبا عليه بموجب المادة (٢٥٣) وبالتالي تخفف العقوبة .

(٣) حكومة السودان - ضد : حسن تلفان حسن (١٩٥٦)

وإن ثبت أن المعتدى عليه باشر حقه في الدفاع في الحدود المشروعة ، والمعقولة ، وأن القوة التي بذلها مناسبة للقوة المبذولة في العدوان ، وقام بحقه بحسن نية وبغرض الدفاع ، وكان موت المجنى عليه من مقتضيات الدفاع ، ونتيجة لازمة له ، وليس انتقاما ، أو اشباعا لضغينة ، أو بقصد واصرار ، فإن العدالة تقتضي براءته بمقتضى مباشرته لحقه المشروع ، كما جاء في حكم محكمة الاستئناف في قضية حكومة السودان - ضد : تاج الدين عيسى زكى (١٩٧٠) : « لقد ثبت أن المرحوم تهجم على المتهم بالقضية التي كان ينام فيها منفردا ، بقصد اشباع شهوة غير طبيعية ، وعندما تمكن من الخلاص من قبضته وفر هاربا الى القضية الأخرى ، التي كان ينام فيها الشاهد الثالث للاتهام ، تابعة الى هناك في اضرار ، ودخل معه في صراع عنيف لنفس الغرض ، وركب من فوقه . عندئذ تمكن المتهم من تسديد طعنة واحدة اليه من مديته ، فأحدثت الجروح التي أدت الى وفاته ان الفعل المشكوك منه فعل يخلج الرجل العادى أنه يوصف به لهذا فأننى أقرر ان المتهم كان يمارس حقه الشرعى في الدفاع عن النفس ، عندما طعن المجنى عليه ، ولم يتجاوز القيود المنصوص عليها تحت المادتين (٥٨ و ٥٩) من قانون عقوبات السودان . وعليه فأننى استبدل قرار الادانة تحت المادة (٢٥٣) من قانون العقوبات بالبراءة ، وأمر باطلاق سراح المتهم في الحال » (١) .

المجلة القضائية ص ٤٠ ، وانظر قضية حكومة السودان - ضد : فرشى فضل المولى (١٩٧٢) المجلة القضائية ص ١٦١ حيث قضت السلطة المؤيدة ، بأن المتهم كان يمارس حقه في الدفاع عن نفسه بالضربة الاولى ، ولكن الضربتين الاخريتين ما كانتا مهمتين لأغراض الدفاع ، وايدت ادانته تحت المادة رقم (٢٥١) والحكم باعدامه .

(١) المجلة القضائية (١٩٧٠) ص ١٥ ، وانظر قضية حكومة السودان ضد : طه هرون (١٩٧١) المجلة القضائية ص ١ ، جاء في اعتراف المتهم : ان ثلاثة اشخاص اعتدوا عليه بالضرب ، واثبت القرار الطبى

وان ثبت أن المتهم تجاوز حقه في الدفاع بحسن نية ، بأن وجه قوة يعتقد أنها ضرورية لرد العدوان — بمعياره الذاتي — ولكنها في واقع الامر أكثر قليلا من القوة الضرورية المعقولة ، أى أكثر مما يعتبرها الشخص العادى ضرورية ، في ظل الظروف الموضوعية القائمة ، ففي هذه الحالة ، يكون السلطة التي تطبق القانون بين موقفين : اما أن تبرئ المتهم تبرة كاملة ، بما له من حق الدفاع بمقتضى المادة رقم (٥٥) من قانون العقوبات التي نصها : « لا جريمة في فعل يقع عند استعمال حق الدفاع الشرعى استعمالا مشروعاً » ، أو تدينه اداة تامة ، مقرونة بعقوبتها الرئيسية ، لقيامه بفعل لا تقتضيه أغراض الدفاع .

ولكن لما رأى الشارع أنه قد سمح للمدافع باتيان أفعال قريبة جدا من القتل ، خفف المسؤولية عن المدافع ، واعتبر فعله قتل لا يبلغ درجة العمد^(١) . يندرج تحت الاستثناء الثانى من المادة رقم (٢٤٩) من قانون العقوبات التي تنص على أنه : « لا يعد القتل قتلا عمدا اذا تجاوز الجانى — وهو يستعمل بحسن نية حق الدفاع الشرعى عن النفس أو المال — الحدود المقررة قانونا وسبب موت الشخص الذى كان يستعمل ضده هذا الحق ، من غير أن يكون عنده سبق اصرار ، ومن غير أن يكون لديه قصد احداث أذى أكثر مما هو ضرورى لهذا الدفاع » .

وجود جرح بالجبهة ناتج عن استعمال آلة صلبة ، وقد سدد المتهم طعنة واحدة للمجنى عليه من مدية كان يحملها ، فقضت المحكمة أن المتهم لم يستعمل فدرا أكثر من اللازم للدفاع عن النفس ، واستبدلت بقرار الادانة البراءة . وفي قضية حكومه السودان — ضد : عجال محمد بدوى (١٩٧٢) المجلة الفضاوية ص ١٨٠ — انزال اثنان على المتهم ضربا وطعنا ، فوجه الى احدهما طعنات ، الى أن رماه أرضا . وطعن الثانى في كفه ففر ، وتوقف عند ذلك الحد . فحكمت المحكمة ببراءته ، على أساس أنه لم يفعل أكثر من مباشرته لحقه في الدفاع عن النفس ، في الحد المعقول .

(١) معلقا عليه ص ٣٧٥ ، ٣٧٦ ، وانظر :

Gledhill, op . cit p. 480.

١٠٠ - وتُجدر الملاحظة إلى أن هذا الاستثناء يطبق عندما يحدث المعتدى عليه قتل المعتدى ، في الظروف التي لا يستحق أن يحدث فيها القتل ، أو في الظروف التي يمتد فيها حق الدفاع إلى درجة تسبب الموت ، وكان من الممكن دفع الخطر بضرر أقل من أحداث الموت ، ولكي يستفيد المدافع من هذا الاستثناء ، يجب أن يدفع العدوان ، بحسن نية ، وبدون سبق إصرار ، وبدون قصد أحداث ضرر أكبر من القدر اللازم لغرض الدفاع (١) .

فمن الواضح أن التنازع السوداني ، راعي كل الظروف المحيطة بالمدافع المتجاوز حقه في الدفاع بحسن نية واخط له درجة وسطى ، بين البراءة التامة ، والاذانة التامة ، المصحوبة بالعقوبة الرئيسية - الاعدام حتى الموت - فخفض مسؤوليته من القتل العمد - إلى القتل الذي لا يبلغ درجة العمد . وتبعاً لذلك خفف عقوبته من المادة رقم (٢٥١) إلى المادة رقم (٢٥٣) من قانون العقوبات ، وهي «خطوة متوسطة بين البراءة والعقوبة الرئيسية» (٢) .

ومن تطبيقات ما اخطه الشارع ، قضية حكومة السودان - فتش : محمد عبد الله الملك (١٩٦٢) فقد قام المتهم أثناء دفاعه عن أهوال جوارحه ، بظعن المجنى عليه بخربة ثلاث طعنات في مواضع حساسة من جسمه ، قاصدا قتله ، فقضت المحكمة بأنه ، رغم أن المتهم كان يمارس حق الدفاع الشرعي عن نفسه ، وأموال جارته ، لدى محاولته القبض على المجنى عليه ، إلا أنه لما طعن الطعنة الأخيرة القاتلة ، فإنه كان متجاوزاً حق الدفاع الشرعي طبقاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة رقم (٢٤٩) ومن ثم تنعير أداته طبقاً للمادة رقم (٢٥٣) وأن ثماني سنوات كافية لعقابه (٣) .

(١) معلقاً عليه ص ٣٧٥ ، ٣٧٦ ، وانظر : Gledhill op cit, p. 480 .

(٢) معلقاً عليه ص ٢٧٦

(٣) المجلة القضائية (١٩٦٢) ص ١٦٤ ، وراجع قضية حكومة

وخلاصة ما جاء فى فصوص القانون والسوابق القضائية أن المشرع السودانى يتدرج فى استعمال وسائل الدفاع من الأسهل الى الأغلظ ، ولا يبيح اللجوء لاستعمال الوسيلة العنيفة مع إمكان استعمال ما دونها . ولذلك اشترط التناسب بين قوة الرد وقوة العدوان ، وهذا يعنى ألا يلجأ المدافع الى الضرب أو الجرح اذا كان من الممكن دفع المعتدى باليدين المجردتين ، كما لا يلجأ الى القتل فى الأحوال التى يمتد فيها حنى الدفاع الى درجة تسبب الموت ، اذا كان من الممكن الدفع بالضرب أو الجرح الطفيفين كما هو ظاهر من قضية حكومة السودان - ضد : حسن تلافان السابقة^(١) أن المجنى عليه كان يحمل عصا صغيرة ، ضرب بها المتهم ، فقابل المتهم فعل المجنى عليه بالطنن بالسكين ، ولعدم التناسب بين الآلتين أداته المحكمة بالقتل العمد .

كما أن الشارع يعتبر التجاوز بقصد وسوء نية ، جريمة يستل عنها مرتكبها مساءلة جنائية كاملة ، طبقا للقواعد المقررة . ويعتبر التجاوز بحسن نية تصرفا لا يعفى صاحبه من المسؤولية الجنائية اعفاء تاما ، ولا يعاقبه على تصرفه عقوبة كاملة ، ولكنه يعتبره عذرا يخفف مسئوليته من جريمة القتل العمد ، الى القتل الجنائى ، الذى لا يرقى الى درجة العمد . وطبقا لذلك ينقل عقوبته من المادة رقم (٢٥١) الى نطاق المادة رقم (٢٥٣) من قانون العقوبات .

* * *

السودان - ضد : جبريل محمود أبكر (١٩٧١) المجلة القضائية ص ٨٨ حيث قضت محكمة الاستئناف بتطبيق الفقرة الثانية من المادة رقم (٢٤٩) على المتهم . فقد سرق المجنى عليه عنزة المتهم ليلا ، وعندما لحق به وحاول استردادها منه لم يتركها له ، وبدلا من ذلك أقامها أرضا وشرع فى ذبحها الى أن قطع القصبة الهوائية منها ، فضربه المتهم على رأسه ضربة حطمت رأسه لكى يمنعه من مواصلة ذبحها ، ولم يكن المتهم سىء القصد باحداث اذى أكثر من اللازم لمنع ذبح العنزة ، لأن المجنى عليه كان منحنيا ، وكان أعلى رأسه هو المواجه للمتهم فضربه عليه ، وفى مثل هذه الظروف يتعذر على المتهم أن يتخير مكانا لضرب المجنى عليه .

(١) انظر ص ٢٠٧ من هذه الرسالة .

● المقارنة :

وبمقارنة ما جاء فى الشريعة والقانون ، يتضح أن كلا منهما يتدرج بمسائل الدفاع من الأسهل ، الى الأغلظ ، بحسب قوة العدوان وخطورته . وأن كلا منهما يعتبر التجاوز بقصد وسوء نية ، جريمة قامة يعاقب مرتكبها بقدر جرمه .

كذلك يتضح أن القانون يجعل التجاوز بحسن نية فى درجة وسطى بين البراءة التامة ، والعقوبة الكاملة ، فخفض مسئولية المتهم الجنائية من القتل العمد ، الى القتل الجنائى الذى لا يرقى الى درجة العمد . وأن الشريعة لا تقول بذلك ، فلم تقف فيها - فيما اطلعنا عليه - على التفرقة بين تجاوز بحسن نية وآخر عن سوء قصد ، فهى تجعل مطابق التجاوز لحق الدفاع ، جناية يستحق مرتكبها العقوبة المقدرة لجنايته ، وهى القصاص أو الدية ، أو الأرض ، وذلك بحسب الحالة التى تقتضيها عقوبة الجناية .



● شروط نشوء وشروط استعمال الدفاع الشرعى فى القانون :

بعد أن فرغنا من استخلاص شروط الدفاع الشرعى من الفقه الإسلامى ، وقارنا ما أمكن مقارنته ، من المسائل المتفرعة عن تلك الشروط ، يجدر أن نورد شروط نشوئه واستعماله فى القانون ، لكى يكون وجه المقارنة بين جملة الشروط واضحا . ولأن الشروط سواء أكانت نابعة من الفقه الإسلامى أو القانون ، هى الضوابط التى تقيد سلوك المدافع سلبا وإيجابا ، وتحدد النطاق الذى يعمل فيه ويقف ضده . فيشترط لنشوئه :

أولا - أن يكون هناك اعتداء ، يعتبر جريمة على النفس أو المال^(١) .

(١) معلقا عليه ص ٧٧

فإن نشوء حق الدفاع موقوف بوجود اعتداء على النفس أو المال ، ووصف الفعل بأنه اعتداء ، يقتضى أنه غير مشروع ، لأن الأفعال المشروعة لا تعتبر اعتداء ، ولا يطلق عليها وصف الجريمة . وأن الأفعال المجرمة قانونا ، هي التى تعتبر عدوانا يبيح الدفاع ، كما جاء بالمادة رقم (٥٦) من قانون العقوبات : « » .

(أ) عن جسمه أو جسم أى شخص آخر . ضد أية جريمة تؤثر فى سلامة الجسم .

(ب) عن مال ثابت أو منقول مملوك له أو لغيره ، ضد أى فعل يعتبر جريمة حسب التعريف المقرر لجرائم السرقة ، أو النهب أو الاتلاف ، أو التعدي الجنائى ، أو أى فعل من أفعال الشروع فى ارتكاب إحدى هذه الجرائم » .

فإن هذه المادة ، تقتضى « أن الدفاع لا يوجد ولا ينشأ ، إلا ضد فعل يعد جريمة ، ولو كان لا يعد جريمة من الناحية الشخصية ، إلا أنه يعد جريمة فى نظر الشارع من ناحية الواقع وخطورته الاجتماعية » . سواء أكان جريمة ماسة بسلامة جسم ومال الشخص نفسه ، أو جسم ومال الغير ، وسواء أكان مصدره شخصا كاملا الأهلية أو ناقصها (١) .

ثانيا - أن يكون الاعتداء خالاً ، أو على وشك الوقوع (٢) ، ومعنى حلوله أن يكون واقعا فعلا على المعتدى عليه ، ومستمرا ، كما إذا أخذ المعتدى يضرب المعتدى عليه ، ولم يتوقف عن الاستمرار فى فعله . وكمثال للاعتداء المستمر ، قضية حكومة السودان بـ ضد : خلف الله أحمد البلك (١٩٧٥) حيث لاحق المجنى عليه إلتهم واشتبك

(١) المصدر السابق ص ٨٠ ، ٨١ ، انظر المادة (٥٧) والتعليق عليها .

(٢) Gledhill op cit, p. 147 : The danger « Must be present and imminent » .

وانظر قضية حكومة السودان - ضد : بشير عبد الله السلمابى (١٩٧٢) المجلة القضائية ص ٢٤٥ فى نفس الموضوع

معه حتى وقعا أرضاً ، وجثم على صدره وخنقه فلم يجد المتهم وسيلة للافلات من قبضته الا تسديد تلك الطعنة اليتيمة التي تمكن بها من الخلاص منه والتي أودت بحياته ، فحكمت المحكمة ببراءته (١) .

ومعنى أن الاعتداء على وشك الوقوع ، أن يكون محدقا ومحيطا بالمعتدى عليه ، وأنه لا محالة سيقع عليه إن لم يدفعه قبل وقوعه . فان نشوء حق الدفاع في هذه الحالة ، لا يتطلب حدوث الأذى بالفعل ، بل ينشأ بمجرد بدء التخوف — من حدوث الأذى — المبني على أسباب معقولة ، كما لا يتطلب القانون من الشخص أن ينتظر مكتوف اليدين الى أن يصاب بالأذى ، بل عليه أن يبادر بدرء الخطر قبل وقوعه (٢) . كما اذا شمر الشخص سلاحا فتاكا في وجه الآخر ، أو رفع آلة قاتلة ليضربه بها (٣) فيباح له وقتئذ أن يباشر حقه في الدفاع لتفادي الخطر الوشيك الوقوع . فان لم يكن الخطر حالا ، أو على وشك الوقوع ، بأن وجد متسع من الوقت ، يستطيع فيه اللجوء لحماية السلطات العامة ، فانه لا يحق له أن يقف موقف الدفاع ، كنص المادة (٥٩) : « لا وجود لحق الدفاع الشرعى متى وجد متسع من الوقت للالتجاء لحماية السلطات العامة » .

كذلك لا وجود لحق الدفاع اذا كان العدوان تهديدا يخشى حدوثه في المستقبل ، أو كان اعتداء متصورا تصورا لا يستند الى أسباب معقولة ، بأن لم يكن هناك خوف معقول من حدوث الخطر (٤) يقول

(١) المجلة القضائية (١٩٧٠) ص ٤٧

(٢) حكومة السودان — ضد : طه هرون (١٩٧١) المجلة القضائية

ص ٢٠١

(٣) The danger must be present and imminent but a

threat may be sufficient as when a man pick up a deadly weapon.

Gledhill op cit, p. 147.

(٤) معلقا عليه ص ٧٨ ، وانظر : Gledhill op cit p . 146

القاضي عتيق فى قضية حكومة السودان - ضد : تاج الدين عيسى زكى (١٩٧٠) : « وجود الوقت الكافى للجوء الى السلطات العامة يسلب المتهم استعمال حقه الشرعى فى دفع العدوان * اذ يجب أن يكون العدوان المراد رده حالا ، أو على وشك الوقوع ، فخشية وقوع العدوان فى المستقبل أو المجازاة لاعتداء سابق ، لا يعطى المتهم حقا فى ممارسة حق الدفاع الشرعى ، وفى هاتين الحالتين يمكن الرجوع الى السلطات العامة ، لأن من اختصاصها منع وقوع العدوان ، أو التحرى فى عدوان مضى * ولهذا فانه لا يجوز الدفاع الا فى الوقت الذى لا يمكن فيه طلب العوث « أو النجدة من السلطات العامة » (١) .

ثالثا - أن يكون استعمال القوة لازما لرد العدوان وذلك بالأى يجد المعتدى عليه وسيلة للفلات من الاعتداء غير استعمال للقوة . فان أمكنه اللجوء الى السلطة ، أو اللجوء الى ما هو أقل من استعمال القوة ، واستعملها يعتبر معتديا (٢) .

ويشترط لاستعماله :

أولا - أن يوجه الرد الى مصدر العدوان ، فاذا وقف المعتدى بعيدا عن المعتدى عليه ، وأطلق عليه حيوانا شرسا ، ليقته أو يمزق جسمه ، فيجب أن يوجه المعتدى عليه دفاعه ضد ذلك الحيوان ، وليس ضد من أطلقه * وكذلك اذا أطلق عليه قردا ليأخذ ماله ، لأن الغرض من الدفاع رد العدوان ، وليس مجازاة الجانى على فعله أو الانتقام منه (٣) .

ثانيا - التناسب بين الرد والعدوان .

ومعنى التناسب أن تكون القوة المبذولة فى الدفاع كافية لرد

(١) المجلة القضائية (١٩٧٠) ص ١٥ (٢) القانون الجنائى ص ٦٥٣

(٣) القانون الجنائى ص ٦٠٧

القوة المبذولة في الاعتداء ، أو قربة منها ، فإذا أمكن أن يدفعه بضربه باليد ، أو بعضا خفيفة لا تهشم لحما ، أو تكسر عظما ، فلا يجوز مع ذلك أن يصل بالقوة اللازمة الى حد تعدد سبب الموت أو الأذى الجسيم ، كأن يضربه ببندقية ، أو يطعنه بسكين حادة . ولا يجوز أن يستعمل من القوة ، ما يجاوز القدر اللازم لأغراض الدفاع ، كنص المادة (٥٨) : « لا يمتد حق الدفاع الشرعى بأية حال الى الحاق الأذى بما يجاوز القدر اللازم لغرض الدفاع » .

وليس معنى التناسب أن يكون الرد مطابقا ومكافئا للاعتداء تطابقا حقيقيا ، ضربة قدر ضربة ، وخطوة بخطوة ، لأنه لا يتوقع من المعتدى عليه وهو أمام خطر يهدد نفسه أو ماله ، أن يزن أفعاله وتصرفاته بميزان الذهب^(١) . بل يكفي أن تكون القوة المبذولة في الدفاع ، لا تفوق القوة المبذولة في الاعتداء بقدر يخرج عن الحد المعقول . ويرجع تقدير القوة المناسبة المبذولة لرد العدوان ، الى قاضى الموضوع ، تبعا لظروف الحادثة وملابساتها ، بما فى ذلك الأسلحة المستعملة فيها ، ومدى القوة الجسدية لكل من المعتدى والمعتدى عليه . ولا يصح أن يقاس بمنظار القاضى الذى يجرى التحقيق بعد حدوث الوقائع ، وهو هادى مطمئن ، أو بمنظار الشخص المعطىد عن الأحداث^(٢) .

* * *

١٣٥

Gledhill op cit , pp. 135 - 136.

(١)

ومعلقا عليه ص ٨٢ ، ورائل ص ٢١٦ ، ٢١٧

(٢) معلقا عليه ص ٨٣ ، وقضية حكومة السودان - ضد : الزاكي تراكواى (م ع / ط ح / ٢٥ / ١٩٧٣) لم تنشر - المكتب الفنى - وقضية حكومة السودان - ضد : قرشى فضل المولى (١٩٧٢) المجلة القضائية ص ١٦١

● مقارنة :

إن جملة الشروط التي استخلصناها من فحوى النصوص والسوابق القضائية ، وآراء الشراح التي أشرنا إليها ، لا تخرج عن جملة الشروط التي استخرجناها من كتب فقهاء الشريعة الإسلامية . فكل من الشريعة والقانون يشترط شروطا لنشوء واستعمال الدفاع الشرعي ، لأن الشروط كما وضعنا قيود وضوابط لا بد منها لتحديد النطاق الذي يعمل فيه ، ويوقف عنده المدافع .

وخلاصة تلك الشروط التي اتفقت الشريعة والقانون على قيام حق الدفاع في محيطها ، والالتزام بمقتضياتها هي :

أن يكون الفعل المراد دفعه اعتداء ، وأن يكون ذلك الاعتداء حالا أو على وشك الوقوع ، وأن يكون الرد لازما لدفع الاعتداء ، وأن يكون مناسباً لرد العدوان . وأن كلا من الشريعة والقانون يوجه الرد إلى مصدر الخطر وليس لمصدر سواء ، لأن توجيه الرد لغير مصدر الخطر يصبح اعتداء في حد ذاته ضد من وجه إليه .

* * *

المبحث الثالث

الانبات في الدفاع الشرعى في الفقه الاسلامى

من المتفق عليه أن المدعى لا يصدق فى دعواه الا بينة ، أو اقرار ،
كما بقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « البينة على المدعى ، واليمين
على من أنكر » (١) * ولأنه لو صدق كل مدع بدعواه ، من غير بينة أو
اعتراف ، لادعى أناس دماء أناس وأموالهم زورا *

فاذا ادعى شخص أن شخصا هجم عليه فى منزله ، أو أراد الاعتداء
عليه نفسه أو عرضه أو ماله ، ولم يتمكن من دفعه الا بقتله ، فلا تقبل
دعواه ، الا أن يصدقه أولياء القتل فيما ادعى ، أو يثبت ذلك بالبينة
فإن صدقه أولياء القتل فيما ادعى ، يذهب دم القتل هدرا ، ولا قصاص
عليه فيه ولا دية (٢) لما روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه ، أنه كان
يوما يتغذى اذ جاءه رجل يعدو ، وفى يده سيف ملطخ بالدم ، ووراءه
قوم يعبدون خلفه * فجاء حتى جلس مع عمر ، فجاء الذين يعدون خلفه ،
فقالوا : يا أمير المؤمنين ، ان هذا قتل صاحبنا ، فقال عمر : ما يقولون ؟
فقال : يا أمير المؤمنين ، انى ضربت بالسيف فخذى امرأتى ، فان كان
بينهما أحد فقد قتلته * فقال عمر : ما يقول ؟ قالوا : يا أمير المؤمنين ،
أنه ضرب بالسيف فوق فى وسط الرجل وفخذى المرأة ، فأخذ عمر
سيفه فهزم ، ثم دفعه اليه ، وقال : ان عادوا فعد * وكذلك روى أن
رجلا من المسلمين خرج غازيا ، وأوصى بأهله رجلا ، فبلغ الرجل أن
يهوديا يختلف الى امرأته فكمن له حتى جاء فجعل ينشد :

(١) منتقى الأخبار بنيل الاوطار ج ٧ ص ٤٤ .
(٢) رد المحتار والدر المختار ج ٤ ص ٦٤ ، والمغنى ج ٩ ص ٣٣٦

أشعث غره الاسلام منى خلوت بعمره ليل التمام
 آيت على ترائبها ووضحي على جرداء لاحقة الحزام
 كأن مواضع الرتللات منها فقام ينهضون الى فقام
 فقام اليه فقتله ، فرفع ذلك الى عمر رضى الله عنه فأهدر دمه لأن
 ذلك ثبت عنده باقرار ولى القتيل (١) .

فالواضح من الرواية الأولى ، أن أولياء القتيل أقروا أمام سيده
 عصر بتلبسه بجريمة الزنا ، حينما ضربه الزوج وهو بين فخذي امرأته .
 فصدقه في دعواه الاعتداء على عرضه بالزنا ، وبناء على تصديقهم ،
 قضى عمر بأهدار دمه . وكذلك قضى بأهدار دم المعتدى فى الرواية
 الثانية بناء على اقرار أوليائه .

فان أفكر أولياء القتيل ، يكلف القاتل اثبات ما يلغيه للحديث
 السابق : « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » . فان أقام البينة
 على دعواه ، فلا قصاص عليه ولا دية ، ويذهب دم القتيل هدرًا .
 وان عجز عن الاثبات ، فلا يقبل قوله ، وتعرض اليمين على أولياء
 القتيل ، فان حلفوا على نفى العلم بما يلغيه - وهو قتل المعتدى دفاعًا
 وعدم إمكان دفعه الا بالقتل - فانه يقتل به قصاصًا (٢) ، لما روى
 أبو هريرة أن سعد بن عباد قال : « يا رسول الله ، رأيت لو وجدت
 مع امرأتى رجلاً أمهله حتى آتى بأربعة شهداء ؟ قال : « نعم » .

فدل على أنه لا يقبل قوله من غير بينة . وروى عن سميد بن
 المسيب قال : « أرسل معاوية أبا موسى الى على كرم الله وجهه ،
 يسأله عن رجل وجد مع امرأته رجلاً فقتله ، فقال على كرم الله وجهه :
 لتخبرنى لم تسأل عن هذا ؟ فقال : ان معاوية كتب الى . فقال :

(١) المعنى ج ٩ ص ٣٣٦ ، ج ١٠ ص ٣٥٣ ، ٣٥٤
 (٢) المذهب ج ٢ ص ٢٢٦ ، واسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٩ ، والام
 ج ٦ ص ٢٦ ، والمعنى ج ٩ ص ٣٣٦ ، وانظر فقه السنة مجلد ٢ ص ٥٧٨

أنا أبو الحسن ، إن جاء بأربعة شهداء يشهدون على الزنا والا أعطى برمه» (١) .

وإن نكل أولياء القتل عن اليمين ، توجه الى القاتل ، فإن حلف يرى من الفصاص والدية (٢) ، وإن كان بموضع لا يوجد به شهود ولا يحضر به أحد من الناس فإنه يصدق فيما يدعى بيمينه (٣) .

وذهب البزازی الى أن المعتدى ، إذا دخل دار المعتدى عليه فقاومه فقتله صاحب الدار ولم تكن له بيعة ، فإن لم يكن القتل معروفا بالشر والسرقه ، يقتل به صاحب الدار قصاصا ، وإن كان متهما بالشر والسرقه يقتل به قياسا ، وفي الاستحسان : لا يقتل به ولكن تجب الدية فى ماله ، لأن دلالة الحال أورث شبهة فى القصاص لا المال (٤) .

ويرى الشافعية والحنابلة أنه لا يصدق من غير بيعة ، سواء أكان الداخل معروفا بالشر والسرقه أو غير معروف بهما (٥) . ويرون أنه يكفى أن تشهد البيعة بأنه دخل داره بسلاح مشهور ، وإن لم تشهد أنه دخل قاصدا الاعتداء على صاحب الدار ، لأن شهر السلاح قرينة ظاهرة على ارادة الاعتداء . وأما إن لم يذكر الشهود سلاحا أو شهدوا أنه دخل بسلاح غير مشهور ، فلا تكفى شهادتهم فى سقوط القصاص عن القاتل ، لأن الداخل قد يدخل لحاجة ، اللهم الا اذا وجدت قرينة ظاهرة ، تدل على ارادة العدوان ، فيؤخذ بها مع البيعة ، كما اذا كان الداخل معروفا بالفساد ، أو كانت بينه وبين صاحب الدار عداوة ظاهرة (٦) .

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٢٦ ، وانظر الموطأ ج ٢ ص ٧٣٧ ، ٧٣٨

(٢) الأم ج ٦ ص ٢٦ ، وأسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٨

(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣٥٧

(٤) الجامع الوجيز ج ٣ ص ٤٣٣ ، وانظر رد المحتار ج ٤ ص ١١٧ ،

ج ٦ ص ٥٤٧

(٥) الأم ج ٦ ص ٢٨ ، وكشاف القناع ج ٦ ص ١٥٦ ، ١٥٧

(٦) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٧٠ ، ومعنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٩

وكشاف القناع ج ٦ ص ١٥٦ ، ١٥٧

● نصاب الشهادة :

ان نصاب الشهادة المطلوب توفرها لاثبات القتل بسبب الدفاع الشرعى : هو رجلان ، ولا تقبل شهادة النساء فى الحدود والذماء ، لحديث الزهرى : « مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والخليفين من بعده ، ألا شهادة للنساء فى الحدود والقصاص » (١) .

ولأن الحدود والقصاص مما تدرأ بالشبهات ، وشهادة النساء لا تخلو من شبهة ، لما يجلبن عليه من السهو والغفلة (٢) .

ولكن ذهب جمهور الفقهاء ، الى أن نصاب الشهادة المطلوب توفره لاثبات أن القتل كان بسبب الدفاع عن العرض ، هو أربعة شهداء يشهدون على واقعة الزنا بين الرجل والمرأة . واستدلوا لذلك بما رواه أبو هريرة : « أن سعدا بن عبادة قال : يا رسول الله ، أرأيت أن وجدت مع امرأتى رجلا أمهله حتى آتى بأربعة شهداء ؟ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « نعم » (٣) . وسئل سيدنا على رضى الله عنه عن وجد رجلا فقتله فقال : « أنا أبو الحسن ، ان جاء بأربعة شهداء يشهدون على الزنا ، والا أعطى برمته » (٤) . قال الشافعى : « وبهذا تقول » (٥) .

أما الحنفية فقد أطلقوا البينة فى هذه الحالة من غير تقييد بعدد ، كما يتضح مما أورده ابن عابدين عازيا الى جنايات الحاوى الزاهدى

(١) السنن الكبرى ج ١٠ ص ١٤٨ ، ونصب الرأية ج ٤ ص ٧٩ .

(٢) المرافعات الشرعية - معوض - الطبعة الاولى (١٣٧١ هـ)

ص ١٥٤ ، ١٥٦

(٣) صحيح مسلم ج ٢ ص ١١٣٥

(٤) المهذب ج ٢ ص ٢٢٦ ، وانظر المنقى والموطأ بهامشه ج ٥

ص ٢٨٥ ، وبصرة الحكام ج ٢ ص ١٨٥ ، وحاشية الدسوقي ج ٤

ص ٢٣٩ ، والمغنى ج ١٠ ص ٣٥٤

(٥) الأم ج ٦ ص ٢٦

حيث قال : « رجل رأى رجلا مع امرأته يزنى بها ، أو يقبلها أو يضمها الى نفسه ، وهي مطاوعة فقتله أو قتلها لا ضمان عليه ، ولا يحرم من ميراثها ان أثبتته بالبينة أو بالاقرار » (١) .

وأن المطلق يحمل على المقيد ، وما ذهب اليه الجمهور مقيد بالنص فيه على أربعة شهداء ، فيحمل ما ذهب اليه الحنفية على المقيد . وفي وجه للشافعية والحنابلة — يكفيهما شاهدان لأن البينة تشهد على وجود المعتدى على المرأة ولا تشهد على الزنا ، ووجوده عليها لا يحتاج الى أربعة شهداء ، وإن الذى يحتاج الى الأربعة هو الزنا (٢) .

* * *

(١) رد المحتار ج ٤ ص ٦٢

(٢) اسنى الطالب ج ٤ ص ١٦٨ ، والفنى ج ١٠ ص ٣٥٤

خاتمة

بعد أن فرغت بعون الله وتوفيقه ، من تفصيل ما أردت تفصيله
فى البحث ، بقى أن أخص أهم ما جاء فيه تلخيصا موجزا .

لكى أبين صلة الدفاع الشرعى بالإباحة ، وضحت فى التمهيد ،
أن الحكم الشرعى ينقسم الى تكليفى ووضعى . وأن الحكم التكليفى ،
ينقسم الى خمسة أقسام : الإيجاب والنسب والتحریم والكراهية
والإباحة . وانتهيت الى أن الإباحة قسم من أقسام الحكم الشرعى
التكليفى . وهى التخيير بين الفعل والتترك ، وتنقسم الى أصلية وطارئة .

وأن الدفاع الشرعى سبب من أسباب الإباحة الطارئة يبيح أصل
الفعل المحظور ، وينفى عنه صفة الجريمة ، كما ينفى عن فاعله

المسئولين : الجنائية والمدنية . وأنه سبب يستفيد منه الشخص فى
الدفاع عن نفسه ، وعن غيره . وقد قارنت ذلك بالقانون ، فأنتهيت
الى أن الشريعة والقانون يتفقان فى تقسيم الإباحة ، وصلة الدفاع بها .

ووضحت فى الفصل الأول أن « الدفاع الشرعى » اصطلاح
قانونى ، يقابله فى الفقه الإسلامى ، ما اصطلاح الفقهاء على تسميته
بدفع الصائل ، الذى تدرج أحكامه تحت باب الصيال ، وحكم دفع
الصائل - ولذلك عرفت الصيال ، وانتهيت الى أن المراد بالصيال
الاعتداء ، وأن تعريفه لا يؤدى الى تعريف جامع للدفع الشرعى .

ثم عرفت الصائل ، ووضحت أن تعريفه يؤدى الى أن الصائل هو
المعتدى ، وأن كلا من تعريف الصيال والصائل ، لا يحوى الفروع
الفقهية التى تلخل تحت فكرة الدفاع الشرعى .

ثم أوردت تعريفات الفقهاء الحديثين ، الذين عثرت لهم على
تعريف للدفاع الشرعى ، وانتهيت الى أن تعريف الأستاذ عودة ، هو

التعريف الذى جمع الفروع الفقهية التى أوردتها الفقهاء تحت باب الضيال ودفع الصائل ، واخترقه تعريفا للدفاع الشرعى .

ثم شرحت معنى الدفاع الشرعى فى الفقه الجنائى السودانى ، ووضعت له تعريفا يلائم أحكام القانون ، ويوافق تعريف الأستاذ عودة ، الذى اخترقه وهو : « الدفاع الشرعى هو : واجب الانسان فى حماية نفسه ، أو نفس غيره ، وحقه فى حماية ماله ، أو مال غيره ، من كل اعتداء حال ، غير مشروع بالقوة اللازمة لدفع الاعتداء » .

وفى الفصل الثانى تكلمت عن أصل مشروعية الدفاع فى الكتاب والسنة ، فتناولت بالشرح بعض الآيات والأحاديث وتركزت البعض الآخر للاستدلال به فى موضعه ، وانتهيت الى أن آية البقرة : ﴿ فمن اعتدى عليكم ﴾ الآية . حكمها باق لم ينسخ ، وأنها عامة يدخل فى عمومها أصل مشروعية الدفاع الشرعى ولو كان سببها خاصا ، وأنها يستدل بها على دفع العدوان الواقع المستمر ، أو الذى على وشك الوقوع . وأن آية المائدة : ﴿ من أجل ذلك ﴾ الآية . ليس الحكم الوارد فيها مقصورا على بنى اسرائيل بل موجه للأمة الاسلامية أيضا ، وأنها دليل على أصل مشروعية الدفاع . وأن قوله تعالى : ﴿ ومن أحيائها ﴾ بمعنى : من تسبب فى احياء النفس بدفع العدوان عنها ، أو بنهى قاصد قتلها عن قتلها . وأن عبارة : ﴿ من قتل نفسا ﴾ ﴿ ومن أحيائها ﴾ عامة ، يدخل فى عمومها النفس المسلمة والنفس الذمية .

كما انتهيت الى أن قوله صلى الله عليه وسلم : « من قتل دون ماله ﴾ الحديث . برواياته المختلفة ، دليل صريح على أصل مشروعية الدفاع عن النفس والعرض والمال . وأن قوله صلى الله عليه وسلم : « انصر أخاك ﴾ الحديث . دليل على أصل مشروعية الدفاع عن الغير .

ثم أوردت وقائع عملية تدل على أصل مشروعية الدفاع الشرعى . ومن ذلك قضاء سيدنا عمر رضى الله عنه . ثم تكلمت عن أساس

مشروعية الدفاع فى القانون ، ووضحت أن المشرع السودانى ، جعل أصل مشروعيته يقوم على المواد (٥٥ - ٦٢) من قانون العقوبات . وأنه اعتبره حقا للمعتدى عليه ، يقوم به نحو نفسه وغيره . ثم قارنت بين الشريعة والقانون ، وانهت الى أنهما يتفقان على أصل مشروعيته عن النفس والمال ، وعن الغير فى كل ذلك ، وأن كلا منهما يجعله حقا للشخص فى الدفاع عن نفسه وماله ، وفى الدفاع عن غيره فى كل ذلك . وأنه الشريعة تبيح للشخص الدفاع عن عرضه وعرض غيره .

وفى الفصل الثالث تكلمت عن نطاق الدفاع الشرعى فى الفقه والقانون . وبينت أن نطاقه فى الفقه الجنائى الاسلامى ، ينحصر فى الدفاع عن النفس والعرض والمال وفى القانون ينحصر فى الدفاع عن النفس والمال .

ثم تكلمت عن حكم الدفاع عن النفس من حيث الوجوب والجواز ، والاستسلام للمعتدى ، وانهت الى أنه واجب عند جمهور الفقهاء ، وجائز عند غير الجمهور . وأن القول بالوجوب فى مجال الدفاع الشرعى ، يتساوى مع القول بالجواز من الناحية التطبيقية العملية فى هذا المجال بالذات ، لأنه لا يترتب على ترك الدفاع عن النفس عقاب دنيوى . ولكن فى القول بالوجوب تأكيد لحق المعتدى عليه فى الدفاع عن نفسه .

ثم ناقشت آراء القائلين بالاستسلام للمعتدى ، وأوردت رد الجمهور عليهم ، وانهت الى أن القول بالاستسلام قول ضعيف ، ويتنافى مع أصل مشروعية الدفاع الشرعى .

ثم تكلمت عن الدفاع عن سلامة الجسم والأطراف ، وانهت الى أن حكمه كحكم الدفاع عن النفس . وبينت خلاف الفقهاء فى الأمر المترتب على ائلاف عضو من الأعضاء فى حالة الدفاع ، كسقوط أسنان العاض بنزع عضو العضوض ، وانهت الى أن رأى الراجح

هو رأى جمهور الفقهاء ، وهو أنه لا ضمان على المدافع عن سلامة جسمه وأطرافه ، إذا أُلّف في سبيل ذلك عضواً من أعضاء المعتدى ، ومقارنة ذلك بالقانون اقتصت الى أن الشريعة والقانون يتفقان على إباحة الدفاع عن النفس وأطراف الجسم .

ثم تكلمت عن الدفاع عن العرض ، وبينت أنه واجب عن الزوجة والمحارم ، باتفاق الفقهاء . كما بينت خلاف المالكية في القول بلزوم الدية بقتل الزانى البكر أو عذبتها . ووضحت أنه الجمهور منهم يقول بلزوم دية القتل الخطأ بقتل الزانى البكر . واقتصت الى أن القول باهدار المعتدى بالزنا مطلقاً ، سواء أكان ثيباً أو بكراً - إذا اقتضت حالة الدفاع قتله - هو الرأى الذى يتفق ومبدأ الدفاع الشرعى وأن القول بالزام قاتله بالضمان يتنافى مع وجوب الدفاع عليه .

كما بينت أنه يجب على المرأة أن تدافع عن عرضها ، ويحرم عليها أن تمكن من نفسها ولو كافت مكرهة . وأرى أن الاكراه الملجئ ينفى الجريمة .

ثم قارنت ذلك بالقانون ، واقتصت الى أنه القانون لا يبيح للزوج الدفاع عن عرضه ، على اعتبار أن العرض قيمة معنوية تجب حمايتها وصيانتها ، ولا يبيح للمرأة الدفاع عن عرضها على أساس أن العرض قيمة معنوية ، ولكن يبيح لها الدفاع ، على أساس أنه فى الاعتداء عليها بالزنا مساس بجسمها . وأن هذا اختلاف ظاهر بين الشريعة والقانون ، يرجع سببه الى أن المشرع الوضعى حين وضع قانون العقوبات لم يراع بيئة وأخلاق وعادات وتراث من وضع القانون لحمايتهم وضبط سلوكهم وتصرفاتهم والى اختلاف المصدر الذى يستند اليه كل من الشريعة والقانون .

ثم تكلمت عن حرمة السكن ، ووضحت أنه الشريعة منعت الدخول فيه بغير إذن ساكنه ، ومنعت التعدى عليه ، والنظر فى داخله . وأباحت دفع الداخل والمعتدى ، ورمى عين المتطلع . ووضحت أن

المعتدى على المنزل يدفع بالتدرج بالأسهل فالأغلظ ، وإن اقتضى الدفع قتله ، وإن قول محمد بلزوم الدية يقتله يحمل على مخالفة دفعه بالتدرج .

ثم تكلمت عن الدفاع عن الستر ، وبينت أنه يجوز لرب المنزل أن يرمى عين الناظر الى داخل منزله ، ولا ضمان عليه اذا فحاً عين الناظر عند جمهور الفقهاء ، كما وضحت أن الناظر يدفع بالتدرج ، ولا يجوز لرب المنزل رمي الناظر ذى الرحم المحرم ، الا اذا كانت المحارم متجدرات عن كياهن وقت النظر اليهن .

ثم قارنت ذلك بالقانون ، وبوضحت أن الشريعة والقانون يتفقان على أنه لا يجوز لأحد أن يدخل منزل أحد بغير اذنه ، أو يعتدى عليه ، وأن لرب المنزل دفع المعتدى . وانتهيت الى أن الشريعة توسعت فى هذا المجال أكثر من القانون فأباح دفع من يعتمد النظر الى داخل المنزل ليتطلع على عورات ساكنيه .

ثم تكلمت عن الدفاع عن المال ، وبينت أن الدفاع عنه جائز عند جمهور الفقهاء ، وانتهيت الى أن القول بوجوده ضعيف . كما وضحت أن جمهور الفقهاء يبيح الدفاع عن المال مطلقاً ، كثيراً أو قليلاً ، عدا الامام مالك ، فلا يرى دفع المعتدى عن المال اليسير . واننى أميل الى رأيه .

ثم قارنت ذلك بالقانون ، وانتهيت الى أن الشريعة والقانون يتفقان على اباحة الدفاع عن المال . وأن القانون لا يجرم الفعل التافه ، ولا يبيح الدفاع الا ضد فعل يعتبر جريمة ، ولذلك لا يبيح الدفاع عن المال التافه ، وبذلك يلتقى مع رأى الامام مالك الذى ملت اليه .

ثم تكلمت عن الدفاع عن نفس وعرض ومال الغير ، وبينت أن الحنفية يوجبون الدفاع عن نفس الغير . ويجرى فيه الخلاف فى حكم الدفاع عن النفس عند الشافعية والحنابلة ، وأن عبارات المالكية تؤدى الى وجوب الدفاع عن نفس الغير ، كما بينت أنه يجب باتفاق جمهور الفقهاء ، على الشخص الدفاع عن

عرض غيره كوجوب دفاعه عن عرض نفسه • وأنه يجوز عند جمهور الفقهاء الدفاع عن مال الغير • وبمقارنة ذلك بالقانون انتهت الى أن القانون يجيز الدفاع عن نفس ومال الغير •

وفى الفصل الرابع تكلمت عن شروط نشوء وشروط استعمال الدفاع الشرعى وإثباته • ووضعت فى المبحث الأول شرطى نشوئه وما يتفرع عنهما من مسائل ، فبينت أن الشرط الأول لنشوئه : أن يكون هناك اعتداء على النفس أو العرض أو المال • وانتهت الى أن كل اعتداء يكون دفعه مشروعاً ، سواء أكان ذلك العدوان ، جريمة معاقبا عليها ، لصدورها من شخص أهل للعقوبة ، أو لا عقوبة عليها لصدورها من شخص لم تتوفر فيه أهلية العقوبة ، كالصبي والمجنون ، أو لم يكن جريمة كعدوان الحيوان ، وبينت أن الشريعة والقانون يتفقان على ذلك •

ثم تكلمت عن دفع الصبي والمجنون والحيوان ، ووضعت خلاف الفقهاء فيه ، وفى الأثر المترتب على قتلهم انه اقتضت حالة اندفاع قتلهم وانتهت الى أن جمهور الفقهاء - عدا الحنفية - يرون أنهم يذهبون هدرا ، ولا ضمان فيهم ، وأن الحنفية - عدا أبو يوسف - يوجبون بقتلهم الضمان • أما أبو يوسف فيوافق رأى الجمهور فى الصبي والمجنون • ويوافق فقهاء مذهبه فى الحيوان • كما انتهت الى أن الراجح رأى الجمهور وهو سقوط الضمان مطلقاً ، سواء أكان مصدر العدوان شخصاً عاقلاً ، أم غير عاقل ، أو كان حيواناً أعجم • وقارنت ذلك بالقانون فبينت أن الشريعة والقانون يتفقان على إباحة دفع خطر الاعتداء حتى ولو كان مصدره غير عاقل ، ويتفق جمهور الفقهاء وشرح القانون على اقتفاء المسئوليتين - الجنائية والمدنية - عن المعتدى عليه • ويتفق فقهاء الحنفية وشرح القانون على أن دفع الحيوان قائم على أساس حالة الضرورة وليس بمقتضى حق الدفاع • ويختلفان فى أن الحنفية يلزمون المدافع بقيمة الحيوان اذا تلف ، ولا يلزمه القانون بشئ • ويختلف

جمهور الفقهاء وشرح القانون فى أن دفع خطر الحيوان قائم على أساس حق الدفاع عند الجمهور ، وعلى أساس حالة الضرورة عند الشراح . و انتهت الى أنهم وإن اختلفوا فى التفاصيل ، فإن النتيجة التى توصلوا اليها واحدة ، وهى إباحة دفع خطر العدوان مهما كان مصدره ، سواء أكان إنسانا عاقلا ، أو فاقد الأهلية ، أو ناقصها ، أو كان حيوانا أعجم .

ثم بينت أن الشرط الثانى لنشوءه ، أن يكون الاعتداء حالا ، أو على وشك الحول . فوضحت أن الاعتداء المتوهم وقوعه ، والتهديد بالاعتداء فى المستقبل ، لا ينشئ الحق فى الدفاع . وأن الحق فيه ينشأ ببداية وقوع الاعتداء وينتهى بانتهائه . ولا يشترط لمعرفة بداية الاعتداء وقوعه فعلا ، بل يكفى أن يكون واقعا حكما ، بأن يكون لدى المعتدى عليه من القرائن والأسباب المعقولة ما يدفعه للاعتقاد بأن خطر الاعتداء سيحقق به ، وهى حالة تقديرية ، يرجع تقديرها لأكثر من المعتدى عليه . على ما يقع فى نفسه من خوف وظن قوى يرجح وقوع الاعتداء عليه ، وانتهت الى أن القانون يأخذ بالمعيارين الذاتى والموضوعى فى هذه الحالة ، لأن لقاضى الموضوع دخلا فيها .

ثم بينت أنه ليس لدرجة العدوان الذى يبيح الدفاع مقدار محدد ، لأن العدوان غير منضبط ، ويكفى لرد مطلق عدوان ما يقع فى نفس المعتدى عليه من خوف وظن قوى يرجح فى نفسه وقوع الاعتداء عليه .

ثم وضحت فى المبحث الثانى شرطى استعمال الدفاع الشرعى ، وبينت أن الشرط الأول : أن يكون الدفاع لازما لرد العدوان ، فوضحت أنه لا يكون لازما إذا كان من الممكن أن يحتذى المعتدى عليه بالسلطة أو غيرها ، أو إذا أبطل المعتدى إرادته بالانصراف عنه ، أو إن كان من الممكن أن يهرب بدون أن يلحقه ضرر مادى أو معنوى ، وبينت أن الامام الشافعى لا يقول بالهرب . وانتهت الى القول بعدم لزوم الهرب ولو كان ممكنا إلا إذا انتفت الأضرار المادية والمعنوية ، كما

إذا مال عليه أحد أبويه ، فيهرب منه رفقا به ، لأن الهرب يتنافى مع حرص الشريعة على سلامة وحفظ شرف الشخص وصيانة سمعته . وأن القانون السوداني يتفق مع الشريعة في هذا الموقف .

ثم بينت أن الشرط الثاني لاستعماله : أن يكون الدفاع مناسبا لرد العدوان . فوضحت أن المعتدى عليه مكلف بدفع المعتدى بالتدرج من الأسهل فالأسهل فالأغلظ من وسائل الدفاع ، إلا في الحالات المستثناة ، وهي التي يعتبر التدرج فيها متعذرا . وبينت أن القتل آخر وسيلة يلجأ إليها المعتدى عليه عندما تقتضيها حالة الدفاع . وأن المعتدى عليه يعتبر متجاوز لحقه المشروع في الدفاع ، إذا استعمل وسيلة يمكن استعمال وسيلة أقل منها .

ثم تكلمت عن التجاوز ، ووضعت الأثر المترتب عليه في الشريعة والقانون ، وانهت إلى أن الشريعة تسأل الشخص المتجاوز لحقه في الدفاع مسئولية كاملة ، فتلزمه بضمان جنايته قصاصا كإثابة أو دية أو أرشاً ، بحسب ما يترتب على فعله ، بينما يعتبره القانون واقعا تحت استفزاز شديد ، يعادل صفة جنايته من القتل العمد ، إلى القتل الجنائي الذي لا يرقى إلى مرتبة العمد .

ثم تكلمت عن جملة شروط الدفاع الشرعي في القانون ، ووضعت أن جملة الشروط التي استخلصناها من فحوى النصوص والسوابق القضائية ، لا تخرج عن جملة الشروط التي استخرجناها من كتب فقهاء الشريعة الإسلامية .

وفي المبحث الثالث تكلمت بإيجاز ، عن الإثبات في الدفاع ، ووضعت أنه في جملته ، يخضع لقواعد الإثبات العامة ، ما عدا الإثبات في حالة الاعتداء بالزنا فإن جمهور الفقهاء يرى أنه لا بد من وجود أربعة شهداء ، يشهدون على التلبس بالزنا . وفي وجه للشائبة والحضالة يكفي شاهدان لأن البيئة تقام على وجوده مع المرأة ، وليس على الزنا ، لأن الذي يحتاج إلى أربعة شهود هو إثبات الزنا .

من كل ما فصلنا وما أوجزنا ، يتبين لنا أن الشريعة الإسلامية ،
شريعة كاملة وشاملة ، تتسم بسعة النطاق ، ووضوح الفكرة ، وأصالة
المبادئ ، وعموم ومرونة النصوص ، التي تصلح لكل زمان ومكان ،
وتتخدم مصالح الفرد والجماعة في مجالات التشريع المختلفة ، فلا تضيق
بمصلحة ، ولا تقف دون تطور ، ولا تقل في الجانب الجنائي - إن لم
تتفوق - عن غيرها من الشرائع الوضعية . فهي نهج اجتماعي كامل ،
ونظام تشريعي قانوني ، يقوم على الموازين الدينية والأخلاقية ، المبنيين
على العقيدة والضمير ، ومحاسبة النفس الدائمة .

فقد جعلت من مقاصدها حماية الأنفس ، والأعراض والأموال ،
وحرمت الجرائم ودواعيها . وسنت العقوبات الملائمة لها . فإذا نظرنا
في أبواب الفقه الإسلامي المتعلقة بالحدود والجنايات ، نجد أن
الشريعة الإسلامية قد أحاطت بكل الجرائم الواردة في التشريع الجنائي
الوضعي ، ووضعت لها العلاج الناجع ، من أجل الوصول بالمجتمع
الإسلامي إلى مجتمع نظيف ومعافى ، خال من الجرائم والمنكرات .

كما نجد أنها أناطت بتنفيذ تلك العقوبات بالسلطة الحاكمة ، ولم
تجعل لأحد أن يقتص لنفسه بنفسه ، لأن سلوك الأفراد وتصرفاتهم
لا تخلو من دوافعهم الشخصية . ومع ذلك استثنت من حق السلطة ،
حق الأفراد في حماية أنفسهم وأعراضهم وأموالهم من الأخطار . عندما
لا تتوفر حماية السلطة الفعالة ، وجعلت من ضمير الفرد حارسا عليه يحكم
سلوكه ، ويكبح دوافعه ، عند استعماله لحقه ، من غير أن يفرط
أو يفرط^(١) ، ورقبها يذكره هيمنة الله عليه ، ومخافة حسابه وعقابه ، على
إفراطه وتفريطه . لأنها شريعة قائمة على العدل والاحسان ورعاية
مصالح كافة الناس ، وتقوى الله في الأقوال والأفعال ، في السر
والعلن .

فهو مصدر حي لكل تشريع ، وأذن كل قانون يستند إلى نصوصها

(١) يفرط : الأولى بضم الياء ونصب الفاء وتشديد الراء مع جرها ،
والثانية بضم الياء وسكون الفاء وجر الراء مخففة - من الإفراط والتفريط .

أو يستنبط منها يصلح لكل عصر وأوان . وأنها - كما ذكرنا في الشهيد - تسع كثيرا من النظريات التي يرى فقهاء القانون أنها حديثة ، ولا مثيل لها ، وأصدق شاهد لذلك ، نظرية الدفاع الشرعي - التي نحن بصددنا - فعلى الرغم من القول بأنها نظرية حديثة ، ومتطورة ، فجد أحكامها متوفرة في الشريعة الإسلامية ، بالقدر الذي يوازى القانون ويزيد عليه في بعض الجوانب ، كحق الدفاع عن العرض ، على اعتبار أنه قيمة معنوية تجب صيانتها والمحافظة عليها ، وإباحة دفع المتطوع بالنظر إلى داخل البيوت .

ورغم أن الشريعة الإسلامية ، تسع الكثير من النظريات فإن فقهاء الأجلاء لم يصوغوا فقههم في نظريات تعالج كل نظرية موضوعا على حدة - على اعتبار أن النظريات مفاهيم كبرى تؤلف كل منها على حدة نظاما قانونيا موضوعيا متحكما في كل ما يتصل بموضوع النظرية ، كالنظام المعروف في الفقه القانوني - وذلك لأن الفقه الإسلامي لم يبن بصفة عامة ، على النظريات العامة ، ولكنه وليد الاستقراء والاستخلاص من دراسة القضايا الفردية الواقعة ، التي استعرضوها والتي لم تقع ، ولكنهم افترضوا حدوثها ووضع علاجها ، وكانت مجال دراستهم واجتهادهم . ومع ذلك لم يهملوا كليا تفصيل وتنظير المسائل ، فقد اتجه بعضهم إلى بيان الفروق بين المسميات ، ووضع قواعد للأحكام ، وتعريف الأشباه والنظائر ، والموازاة بين الآراء ، مما يكشف عن مدى مجهودهم في المجال النظري والطابع التحليلي للمسميات والفكر بغرض تحقيقها وتوضيحها . ومما كتبه المتأخرون في هذا الشأن : الفروق للقرافي ، والقواعد الفقهية لابن رجب ، وقواعد الأحكام لعز الدين بن عبد السلام ، والأشباه والنظائر للسيوطي ، والميزان للشعراني . يقول السيوطي في فن الأشباه والنظائر : « اعلم أن فن الأشباه والنظائر فن عظيم ، به يطلع على حقائق الفقه ومداركه ومآخذه وأسراره ، ويتميز في فهمه واستحضاره ويقتدر على اللاحق والتخريج ، ومعرفة أحكام المسائل التي ليست مسطورة ، والحوادث والوقائع التي لا تنقضي على مر الزمان . ولهذا قال بعض أصحابنا : الفقه معرفة النظائر . »

وقد وجدت لذلك أصلاً في كلام عمر بن الخطاب «أما بعد ، فإن القضاء فريضة محكمة ، وسنة متبعة فافهم إذا أدلى اليك فاه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له ، فإن الحق قديم ، ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل ، الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك ، مما لم يبلغك في الكتاب والسنة ، واعرف الأمثلة والأشباه ثم قس الأمور عندك ، فاعمد إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق ، فيما ترى » هذه قطعة من كتابه ، وهي صريحة في الأمر بتتبع النظائر وحفظها ، ليقاس عليها ما ليس بمتقول » (١) .

لسأل الله أن يجزي فقهاء الاسلام — من قضى ثجه ومن ينتظر — خير الجزاء على ما قدموا من عطاء ثر ، وخير موصول ، في سبيل خدمة الاسلام والمسلمين ، وعلى ما بذلوا من جهد وجهد واجتهاد ، فأوفوا الشريعة حقها بشرح أدلتها واستنباط أحكامها وتعميد قواعدها فأودعوا فقههم ما يصلح لتقنين أحدث النظريات وفيه بطاجة الباحثين في كل نطاق ومجال من مجالات التشريع الجنائية المعاشة والمستقبلة .

وأسأل الله كما هداني لهذا العمل — الذي بذلت فيه غاية جهدي ، وآثرته على راحتي — ووفقني إلى اتمامه ، أن يجعله عملاً خالصاً لوجه الكريم ، وأن يقيني الملل والكسل والزلل ، ويهديني إلى صراطه المستقيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .





الفصل الثالث : نطاق مباشرة الدفاع الشرعى

(٦١ - ١٥٠)

الصفحة

٦٣	نطاق مباشرة الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى
٦٤	المبحث الأول : حكم الدفاع عن النفس
٦٤	الحنفية
٦٥	الدليل النقلى
٦٧	الدليل العقلى
٦٧	المالكية
٦٨	الشافعية
٧٠	الحنابلة
٧٢	الاستسلام للمعتدى
٧٢	المالكية
٧٣	الشافعية
٧٤	الحنابلة
٧٥	رد الجمهور
٧٦	مقارنة
٧٩	المبحث الثانى : حكم الدفاع عن سلامة الجسم والاطراف
٨٢	المالكية
٨٤	نطاق مباشرة الدفاع الشرعى فى القانون
٨٧	المبحث الثالث : الدفاع عن العرض
٨٧	تعريف
٨٧	حكم الدفاع عن العرض
٩٠	الدفاع عن عرض الزوجة والمحارم
٩٢	المالكية
٩٤	الشافعية
٩٥	الحنابلة
٩٦	مقارنة
٩٨	دفاع المرأة عن عرضها
٩٩	الدفاع عن العرض فى القانون
١٠٣	مقارنة

الصفحة

المبحث الرابع : الدفاع عن حرمة المسكن والستر	١٠٦
حرمة المسكن في الفقه الاسلامي	١٠٦
منع دخول البيوت	١٠٧
التعدي على المنزل	١٠٨
الدفاع عن الستر	١١٠
الحنفية واكثر المالكية	١١٢
رد جمهور الفقهاء	١١٤
التدرج في دفع المطلق	١١٥
اطلاع المحارم	١١٨
الدفاع عن حرمة المسكن في القانون	١١٨
مقارنة	١٢٣
المبحث الخامس : الدفاع عن المال	١٢٥
تعريف المال	١٢٥
اقسام المال	١٢٥
حكم الدفاع عن المال في الفقه الاسلامي	١٢٦
دفاع الشخص عن ماله	١٢٩
مقدار المأل	١٣٠
استرداد المال	١٣٢
الدفاع عن المال في القانون	١٣٤
مقارنة	١٣٨
المبحث السادس : الدفاع عن الغير في الفقه الاسلامي	١٤٠
الدفاع عن عرض الغير	١٤٤
الدفاع عن مال الغير	١٤٦
الدفاع عن الغير في القانون	١٤٩

الفصل الرابع

شروط نشوء وشروط استعمال الدفاع الشرعي واثباته

(١٥١ - ٢٢٣)

شروط نشوء الدفاع الشرعي في الفقه الاسلامي	١٥٣
المبحث الأول : شروط نشوءه في الفقه الاسلامي	١٥٤

ر. هـ. هـ.

الشرط الأول : أن يكون هناك اعتداء على النفس أو العرض	
أو المال	١٥٤
العدوان معصية	١٥٥
دفع الصبي والمجنون والحيوان في الفقه الاسلامي	١٥٧
الحنفية	١٦٠
راى ابي يوسف	١٦٢
رد الجمهور على الحنفية	١٦٤
ترجيح راى الجمهور	١٦٦
دفع الصبي والمجنون والحيوان في القانون	١٦٨
مقارنة	١٧١
الشرط الثانى : أن يكون الاعتداء حالا أو على وشك الطول	١٧٢
الاعتداء المتوهم وقومه	١٧٣
ابتداء الاعتداء وانتهائه	١٧٤
درجة العدوان	١٧٦
المبحث الثانى : شروط استعمال الدفاع الشرعى في الفقه الاسلامي	١٨٠
الشرط الأول : أن يكون الدفاع لازما لرد العدوان	١٨٠
انتفاء لزوم الدفاع	١٨٢
الهرب من المعتدى في الفقه الاسلامي	١٨٣
الشافعية	١٨٤
القول الأول	١٨٤
القول الثانى	١٨٤
الراى الوسط	١٨٤
ترجيح راى الامام	١٨٦
المالكية	١٨٦
الحنابلة	١٨٧
مقارنة بين آراء الفقهاء	١٨٨
الهرب من المعتدى في القانون	١٨٩
مقارنة	١٩٣
الشرط الثانى : أن يكون الدفاع مناسبا لرد العدوان	١٩٣
تعدد التدرج	١٩٥
اللجوء الى قتل المعتدى في الفقه الاسلامي	١٩٧

الصفحة

١٩٧	اللبجاء الى قتل المعتدى فى القانون
١٩٩	تجاوز حق الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى
٢٠٠	اثر تجاوز الدفاع الشرعى
٢٠٦	تجاوز الدفاع الشرعى فى القانون
٢١٣	المقارنة
٢١٣	شروط نشوء واستعمال الدفاع الشرعى فى القانون
٢١٨	مقارنة
٢١٩	المبحث الثالث : الاثبات فى الدفاع الشرعى فى الفقه الاسلامى
٢٢٢	نصاب الشهادة
٢٢٤	الخاتمة
٢٣٥	محتويات الكتاب

رقم الايداع بدار الكتب المصرية ٤٢٥٦ / ٩٢
الترقيم الدولي ٥ - ٣٣٣٧ - ٠٠ - ٩٧٧

دار الكتب والوثائق القومية
٩٢٥٢٠٤
الطبعة ٢٠٢٢، القاهرة - جمهورية مصر العربية

المؤلف في سطور

الصدوق أبو الحسن محمد

- من مواليد قرية الشيخ الصديق ، مركز الدويم ، رعى شمال النيل الأبيض (١٩٣٥ م) .
- تلقى تعلمه الابتدائي بـ « الشيخ الصديق » .
- الأوسط والتانوى بمعهد أم درمان العلمى – القسم النظامى الحديث .
- حصل على الشهادة العاليه فى التريعه الاسلاميه من كلية القانون بجامعة الخرطوم .
- ماجستير الشريعة من كلية القانون بجامعة الخرطوم .
- عمل قاضيا بالهيئة القضائية حتى قاضى محكمة استئناف .
- عمل عضوا بالمراقه القضائية وقسم الحوت بالهيئة القضائية .
- أعير قاضيا لدوله الامارات العربيه الموحدة بأبو ظبى منذ ١٩٨٠ وعمل فيها بدائرة القضاء الترعى قاضى استئناف حتى (١٩٩٢) ولا يزال رئيس محكمة الاستئناف الترعيه(*) .
- عضو نقابة المحامين السوداين .

(*) دائرة القضاء الترعى بأبو ظبى تطبق التريعه الاسلاميه فى الجنايات والمعاملات والأحوال الشخصية